



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

행정조사의 한계에 관한 연구

— 위법성 판단기준의 구체적 정립을 중심으로 —

2018년 2월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

한 현 희

행정조사의 한계에 관한 연구

— 위법성 판단기준의 구체적 정립을 중심으로 —

지도교수 이 원 우

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2017년 10월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

한 현 회

한현회의의 석사 학위논문을 인준함

2017년 12월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

현대에 이르러 행정조사의 영역이 확대됨에 따라 행정조사가 국민의 권리와 자유를 침해할 우려도 커지므로, 행정조사의 한계를 정하고 위법한 행정조사로부터 국민을 구제해야 할 필요성이 증대되고 있다. 따라서 본 논문에서는 행정조사의 한계를 노정하기 위한 위법성 판단기준을 구체적으로 제시하고, 이를 토대로 행정조사에 관하여 주로 문제되는 쟁점들을 분석하여 봄으로써 산재되어 있는 행정조사에 관한 일반적인 법리 및 개별법에 근거한 행정조사를 종합적으로 조망하여 본다.

행정조사의 개념에 관하여 다양한 견해가 있지만, ‘행정기관이 정책의 수립이나 행정작용의 적정한 실행을 위하여 정보 등을 수집하기 위하여 행하는 일체의 행정활동’으로서 권력적 조사뿐만 아니라 비권력적 조사도 포함된다고 봄이 타당하다. 행정조사에도 행정법의 일반원칙인 법치주의의 원칙, 법률유보의 원칙, 비례의 원칙, 적법절차의 원칙 등이 적용되는바, 이는 행정조사의 한계를 설정함에 있어 중요한 의미를 가진다. 행정조사에 관한 일반법으로는 2007. 5. 17. 행정조사기본법이 제정되어 시행되고 있지만, 광범위한 적용제의 및 위법한 행정조사에 관한 제재규정의 미비 등으로 행정조사에 대한 일반법으로서 기능하는 데에는 한계가 있다.

특히 본 논문에서는 행정조사의 한계를 가늠하기 위한 위법성 판단의 기준 정립에 있어 행정조사의 주체, 목적, 방식, 조사 거부에 대한 제재수단 등의 요소를 구체적으로 살펴야 한다는 관점을 제시한다. 위 각 요소에 따라 행정조사가 조사대상인 개인에게 미치는 효과가 달라지고, 형사수사절차에 적용되는 원칙인 영장주의, 진술거부권의 원칙 등이 적용될 여지가 높아지며, 위법한 행정조사에 대한 권리구제의 필요성이 증대된다. 또한 행정조사가 범죄수사에 가까워질수록 범죄수사에 관하여 적용되는 형사법적 원칙이 적용될

여지가 높아지고, 절차위반에 따른 하자의 중대성도 더 커진다.

위와 같은 관점을 토대로, 본 논문에서는 행정조사와 관련한 주요 쟁점, 즉 영장주의, 진술거부권 원칙의 적용여부 및 위법한 행정조사에 기초한 행정처분의 효력에 관한 쟁점을 관련 미국의 법리, 개별 행정조사제도 및 관련 판례들을 중심으로 구체적으로 검토함으로써 행정조사의 한계 및 위법성 판단기준을 다각도로 모색하여 본다. 특히 형사수사절차에서 적용되는 행정조사와 영장주의의 원칙, 진술거부권의 원칙이 행정조사에도 적용되는지가 문제되나, 공익과 사익을 형량하여 예외사유를 설정하여 온 미국의 법리에 비추어 볼 때 앞서 검토한 위법성 판단기준 및 공익과 사익의 비교 형량을 통하여 각 원칙의 적용여부 및 예외 해당여부를 판단함이 타당하다. 또한 위법한 행정조사와 행정처분의 효력에 관하여는 행정조사의 대상적격을 인정하고 위법한 행정조사에 기한 행정처분에 있어서도 하자를 주장하여 구제받도록 함이 타당하나, 개별법이 규정한 행정조사의 규정이 상이하고, 위반의 내용에 따라 조사대상자가 받게 되는 불이익의 경중에 차이가 있으므로, 어떠한 하자의 경우 그에 근거한 행정처분의 효력을 부인할 수 있는지에 관하여는 하자의 경중에 관한 세밀한 고찰이 필요하다.

이같이 행정조사에 관한 한계를 구체적으로 모색하여 나갈 때, 위법한 행정조사로부터 국민의 권리를 보호하면서도 오늘날 효율적 행정작용의 중요한 전제로서의 행정청의 원활한 행정조사활동을 보장할 수 있을 것이다.

주제어 : 행정조사, 행정조사기본법, 미국 행정법, 행정절차와 영장주의, 행정절차와 진술거부권, 세관조사, 세무조사, 공정거래위원회의 행정조사, 위법한 행정조사와 행정처분의 효력
학번 : 2009-21400

목 차

국문초록

연구의 목적	1
연구의 범위 및 방법	5
제1장 예비적 고찰	6
제1절 행정조사의 의의, 개념 및 종류	6
I. 의의	6
II. 행정조사의 개념 및 체계적 지위	6
1. 행정상 즉시강제에 포함되는 것으로 해석하는 견해	7
2. 행정조사를 권력적 조사로 파악하여 논의하는 견해	7
3. 비권력적 조사도 포함하는 견해	8
4. 행정조사기본법상 행정조사의 개념	8
5. 검토 및 개념의 확정	8
III. 행정조사의 법적 성질	9
IV. 행정조사의 종류	10
제2절 행정조사에 관한 일반적인 원칙	11
I. 행정조사와 법치주의의 원칙	11
II. 행정조사와 법률유보의 원칙	13
1. 법률유보원칙의 의의	13
2. 적용범위	13
3. 행정조사에 있어서의 법률유보원칙	14
4. 행정조사에 있어서의 법률유보 내용	14
III. 행정조사와 비례의 원칙	15
IV. 행정조사와 평등의 원칙	16
V. 행정조사와 적법절차의 원칙	17
1. 적법절차의 원칙의 의의	17

2. 행정작용에 있어 적법절차원칙의 적용여부	18
제3절 행정조사기본법에 의한 한계 및 그 문제점	19
I. 행정조사기본법 제정의 의의	19
II. 행정조사기본법에서 규정된 행정조사기본원칙 및 한계	20
1. 행정조사의 기본원칙	20
2. 행정조사 수단 및 절차 규정	22
III. 행정조사의 한계에 있어 행정조사기본법의 문제점	23
1. 적용제외의 광범성	23
2. 위법한 행정조사에 관한 제재규정의 미비	24
제2장 행정조사의 위법성 판단기준 및 한계	26
제1절 행정조사의 위법성 판단에 있어 고려되어야 할 요소	26
I. 조사의 주체에 따른 한계	26
1. 법적 근거	26
2. 특별사법경찰권을 부여받은 행정공무원	26
3. 강제조사권을 가지는 행정공무원	28
4. 조사 주체와 절차적 통제	29
II. 조사 목적에 따른 한계	29
III. 조사의 방식에 따른 한계	30
1. 조사의 방식 개관	30
2. 비례의 원칙 고려	31
IV. 제재 수단에 따른 한계	32
제2절 행정조사와 수사절차의 구별과 행정조사의 한계	33
제3장 행정조사와 영장주의의 원칙	35
제1절 문제의 제기	35
제2절 미국법상 행정조사와 영장주의	37
I. 영장주의의 적용여부에 관한 판례의 분석	37
1. Frank 판결	37
2. Camara 판결	38

3. See 판결	39
4. Colonnade 판결 및 Biswell 판결	39
5. Barlow 판결	40
6. Donovan 판결	41
II. 예외의 정리	41
제3절 학설의 검토	42
제4절 관련 판례의 분석-세관절차에서의 영장주의를 중심으로 ..	44
I. 관세법상 행정조사의 특수성 및 논의의 실익	44
II. 영장주의를 적용하지 아니한 2013년 판결	45
1. 범죄사실	45
2. 제1심의 판단	45
3. 피고인의 주장	45
4. 관련 사실관계	46
5. 2013년 판결의 판시내용	47
III. 영장주의를 적용한 2017년 판결	48
1. 관련 사실관계	48
2. 검사의 주장	48
3. 2017년 판결의 판시내용	49
IV. 각 판결의 검토	49
제4장 행정조사와 진술거부권	53
제1절 문제의 제기	53
제2절 미국법상 행정조사와 진술거부권	54
I. 근거규정	54
II. 미국 행정절차에서의 특수한 문제	54
III. 미국법상 자기부죄거부특권의 예외	55
1. 예외의 개관	56
2. 단체의 기록-Hale 판결	56
3. 제3자가 보관하는 기록-Couch 판결	56
4. 강요당하지 않는 개인의 기록- Fisher 판결	57

5. 형사절차상의 면책을 보증한 경우-Hitchcock 판결	57
6. 공적 기록의 예외 원칙-Shapiro 판결	58
7. 예외의 정리	58
제3절 학설의 검토	58
제4절 관련 개별법의 사례 분석	59
I. 선거관리위원회의 조사	59
1. 선거관리위원회의 조사의 의의 및 근거	59
2. 법적 성질 및 문제점	62
3. 관련 판례	63
4. 검토	64
II. 공정거래위원회의 조사	65
1. 공정거래위원회의 조사의 의의 및 근거	65
2. 공정거래위원회의 권한	66
3. 진술거부권에 관한 문제	67
제5장 위법한 행정조사와 행정처분의 효력	70
제1절 일반적 논의	70
I. 행정조사의 대상적격	70
1. 문제점	70
2. 규정 및 견해의 대립	70
3. 판례의 태도	71
4. 검토	71
II. 위법한 행정조사와 행정결정의 효력	73
1. 문제점	73
2. 학설	74
3. 판례	75
4. 검토	75
제2절 미국법상 위법한 행정조사의 구제에 관한 논의	77
I. 행정조사의 위법성에 대한 사전 사법심사	77
II. 행정처분에 대한 위법수집증거배제법칙의 적용	79

제3절 관련 판례의 분석	80
I. 위법한 세무조사와 그에 따른 행정처분의 효력	80
1. 세무조사에 있어서의 일반 원칙	80
2. 세무조사 단계별 절차 및 한계	81
3. 세무조사 결정 자체의 취소에 관한 대법원 판례	84
4. 세무조사에 기초한 과세처분의 효력에 관한 대법원 판례	85
II. 위법한 채혈조사와 그에 근거한 자동차운전면허 취소처분의 효력	92
1. 문제의 제기	92
2. 관련 판결의 사실관계	93
3. 항소심 판결의 요지	93
4. 대법원 판결의 요지	93
5. 검토	94
제6장 요약 및 결어	96
제1절 요약	96
제2절 결어	98
참고문헌	100
Abstract	103

연구의 목적

행정기관이 행정작용을 행하기 위해서는 먼저 명확한 사실관계를 특정하여야 한다. 예컨대, 행정기관이 국민에 대해 제재적 행정처분을 하고자 할 경우 처분대상 국민이 행한 위법행위를 조사하여 입증하여야 한다. 또한 소득세를 부과할 경우 소득금액의 조사 및 입증이 필요하고, 관세를 부과하고자 할 경우 통과되는 물품에 대한 조사가 선행되어야 한다. 국민기초생활보장대상자로 지정하여 생활보호자금을 지급하고자 할 경우에도 대상이 되는 국민의 소득·재산 및 가족관계 등에 관한 조사가 필요하다. 즉, 행정조사는 침해행정·부과행정·급부행정 등 사실관계의 확인을 필요로 하는 모든 행정영역에 있어 필수적인 행정작용인 것이다.

특히 현대에 이르러 행정의 임무가 단순히 사회질서의 유지뿐만 아니라 국민의 생활권보장을 위한 급부행정의 영역으로 확대되었고 다양한 행정기능을 적극적으로 수행할 것이 요구됨에 따라, 각종 행정작용을 적절하게 행하기 위한 행정조사의 영역은 매우 확대되고 있다.

그런데 이렇게 오늘날 행정조사의 필요성이 증대되고 수단이 다양화됨에 따라, 행정조사가 국민의 권리와 자유를 침해할 우려 또한 커지고 있다. 각 부처의 행정조사가 행정 편의적이고, 투명하거나 객관적이지 아니하며, 다수 부처가 중복적으로 조사한다는 지적이 있어왔고, 정부로부터 조사를 받는다는 사실 자체만으로 기업의 이미지가 치명적으로 타격을 받는 등, 행정조사에 대하여 다양한 불만이 있어 왔다. 예컨대 다음과 같은 사례를 상정해 볼 수 있다.

<사례>

세무공무원은 A로부터 조사대상자와 사이의 토지매매 관련 분쟁을 해결해 달라는 부탁을 받았다. 세무공무원은 세무조사를 통해 압박하는 방법으로 조사대상자가 토지소유권을 반환하게 하기 위하여 부동산 저가매수에 따른 증여세 탈세제보서를 직접 작성하였다. 그리고 지인을 통해 과세관청에 탈세제보서를 접수하였다. 과세관청은 조사대상자에 대한 세무조사에 착수하였는데, 그 과정에서 세무공무원의 의견에 따라 조사대상자의 관련 회사들까지 조사한 후 조사대상자의 주식 명의신탁 사실을 확인해 증여세를 부과하였다. 조사대상자에 대한 행정조사는 정당한가? 그리고 조사대상자는 구제받을 수 있을 것인가?

위 사례는, 행정조사 중 ‘세무조사’의 조사권 남용과 관련하여 최근에 문제가 되어 대법원 판결¹⁾이 선고된 사례이다. 행정조사 중에서도 특히 세무조사는 정치적 동기에 기인한 표적 조사가 많이 이루어져 그 조사의 대상, 범위 등과 관련하여 사회적인 문제가 되어왔고 최근 대법원 판결이 쏟아지고 있다. 위의 사례에서, 대법원은 ‘법치국가원리’에 근거하여, 세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고 내용의 정확성 검증이라는 그 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 것이라면 이는 세무조사에 중대한 위법사유가 있는 경우에 해당하고 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하다고 보아야 한다고 판시하였다. 이와 같이 행정조사가 국민의 권익을 침해할 우려가 증대됨에 따라 행정조사의 한계를 정하고 위법한 행정조사로부터 국민을 구제하여야 할 필요성 또한 증대되고 있는 것이다.

그런데 현재 우리나라에서 행정조사에 대한 근거와 절차를 정한 법규는 정부부처의 각 영역을 규율하는 개별법에 산재되어 있고, 그

1) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두47659 판결.

절차가 통일되어 있지 못하다. 2007년에 행정조사에 관한 일반법인 행정조사기본법이 제정되어 시행되어 왔으나, 위 법 또한 세무조사나 공정거래위원회의 조사 등 대표적인 행정조사에 그 적용을 제외하고 있어 행정조사에 대한 절차를 규율하는 공통적인 일반법으로 작용하는 데 한계가 있다. 이와 같이 각 기관의 행정조사가 그 개별 법령에 근거하여 이루어지는 바람에 세무조사, 공정거래위원회의 조사와 같이 특정 행정절차만을 놓고 연구하는 경우는 많이 있었으나, 이를 행정법의 일반 법리와 연결지어 종합적으로 조망해보는 연구는 많지 않았다.²⁾

종래 우리나라의 전통적인 행정법 논의에서 행정조사는 행정상 즉시강제에 포함하여 논의되어 오는 등 독자적으로 논의되지 아니하였고, 독자적인 행정작용으로 분류된 이후에도 행정조사 전반을 포괄하는 연구가 심도있게 이루어지지 않는 못하였다. 즉 행정조사에 관한 국내의 논의는 주로 미국법상 행정조사에 관한 법리에 관한 연구에 집중되거나³⁾ 수사절차와의 관계 및 형사소송절차에 관한 논의에 집중되어 있고,⁴⁾ 형사소송절차 중에서도 ‘영장주의’ 또는 ‘진술거부권’⁵⁾ 등 개별 제도의 적용여부에 관한 분석이 주를 이루고 있다.

-
- 2) 김영조는 행정조사를 행정법학의 독립영역으로 인식하고 행정조사에 관한 전반적인 쟁점을 정리한 바 있으나, 이 역시 그 구체적인 영역에 있어서는 개별 행정조사 중 ‘현행 세무조사의 문제점과 개선방안’을 중점적으로 다루어, 다양한 각 영역을 포괄하는 구체적인 결론에 도달하지는 아니하였다. 김영조, “행정조사에 관한 연구-특히 세무조사의 법적 문제를 중심으로”, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1998.
 - 3) 김종보, “미국의 행정조사제도”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 1989; 김영조, “미국 행정법상 행정조사에 관한 법리에 관한 고찰”, 토지공법연구, 한국토지공법학회, 2004.
 - 4) 전수진, “행정조사제도에 관한 연구: 수사절차와의 관계 및 미국법과의 비교를 중심으로”, 서울대학교 대학원 석사학위논문; 2013; 이근우, “행정형벌의 재구성-개념, 구조, 절차”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2008.
 - 5) 김지현, “행정절차상 진술거부권의 인정범위와 작용에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2015; 박지현, “일반행정상 진술거부권과 그 제

그런데 행정조사의 한계를 정하거나 위법한 행정조사에 대한 사법적 구제를 논하기 위해서는, 행정조사에 관한 일반적인 법리와 각 개별 행정분야에서 이루어지는 행정조사의 특수성 및 쟁점이 유기적으로 검토될 필요성이 있다. 예컨대, 관세법상 세관공무원과 같이 특별사법경찰관리 제도에 의하여 특별사법경찰권을 부여받은 행정공무원이 시행하는 행정조사와 일반공무원이 시행하는 행정조사의 성격은 다를 수밖에 없다. 또한 행정조사가 단순히 실태조사를 목적으로 하는지, 그것이 벌칙규정이 있는 법령위반여부에 대한 조사인지와 같이, 조사의 목적, 검사, 감사, 진단, 감정, 검정, 점검, 보고, 자료제출, 출입, 출석, 진술, 확인과 같은 조사의 방법에 따라서도 행정조사의 성격은 달라진다. 같은 개별 영역의 행정조사라 하더라도, 개별법이 규정한 행정조사의 규정은 그 연혁, 내용 및 취지가 모두 상이하고, 위반의 내용에 따라 조사대상자가 받게 되는 불이익의 경중에 차이가 있을 뿐만 아니라, 각 규정이 행정조사과정의 단계별로 정해져 있어 실제로 행정청이 어떠한 절차를 위반하였다고 하더라도 그 후속 절차에서 조사대상자의 불이익이 해소될 가능성이 존재한다.

본 논문은 이와 같은 문제의식에서 출발하여, 산재되어 있는 행정조사에 관한 일반 법리를 종합하여 보고, 행정조사의 위법성 판단에 있어 고려하여야 할 기준에 관하여 고찰하여 본 다음, 행정조사와 관련한 주요 쟁점, 즉 영장주의, 진술거부권 원칙의 적용 여부 및 위법한 행정조사에 기초한 행정처분의 효력에 관한 쟁점을 개별 행정조사제도 및 관련 판례들을 중심으로 구체적으로 검토함으로써 행정조사의 한계 및 위법성 판단기준을 다각도로 모색하여 보려 한다.

한”, 민주법학 제33호, 2007, 289-316면.

연구의 범위 및 방법

제1장은 행정조사에 관한 행정법의 일반 법리에 관한 예비적 고찰로서, 본 논문의 연구대상인 행정조사의 개념을 그 체계적인 지위 및 관련 개념과의 비교를 통해 명확히 하려 한다. 또한 행정조사의 성질 및 종류를 통해 그 구체적인 개념의 확정에도 더 다가가고, 행정조사에 관하여 적용되는 일반적인 원칙인 법률유보의 원칙, 비례의 원칙, 평등의 원칙, 적법절차의 원칙이 행정조사에 있어 어떻게 구현될 수 있는지를 검토하며, 우리나라에서 현재 시행되고 있는 행정조사에 관한 일반법인 행정조사기본법을 살펴본다.

제2장에서는 이하의 각 쟁점들을 분석하고 행정조사의 한계를 구체적으로 정립하기 위한 하나의 틀로서, 조사의 주체, 목적, 방식, 조사 거부에 대한 제재수단 등을 중심으로 행정조사의 위법성 판단에 있어 고려되어야 할 요소를 제시한다.

제3장에서는 행정조사와 영장주의의 원칙에 관하여 미국의 판례 및 우리나라의 학설을 살펴보고, 특히 세관절차에 있어서의 영장주의 적용에 관한 2013년 및 2017년의 대법원 판결을 비교하여 분석하여 본다.

제4장에서는 행정조사와 진술거부권에 관하여 미국의 판례 및 우리나라의 학설을 살펴보고, 선거관리위원회의 조사와 진술거부권에 관한 대법원 판례 및 공정거래위원회의 조사에 관한 진술거부권의 인정여부에 관하여 살펴본다.

제5장에서는 위법한 행정조사와 행정처분의 효력에 관한 일반론 및 위법한 행정조사의 구제수단에 관한 미국의 특유의 법리에 관하여 검토하여 보고, 세무조사 및 위법한 채혈조사와 그에 근거한 자동차운전면허 취소처분의 효력과 관련한 대법원 판결을 살펴본다.

제6장에서는 앞에서의 모든 논의를 요약하고 그 결론을 내리는 것으로 이 연구를 마친다.

제1장 예비적 고찰

제1절 행정조사의 의의, 개념 및 종류

I. 의의

행정기관은 행정작용을 적정하고 효율적으로 처리하기 위하여 관련 자료나 정보를 수집하고 처리할 필요가 있다. 이러한 자료와 정보의 수집은 상대방의 임의적 협력에 기하여 행하여지는 경우도 있으나, 상대방이 그에 응하지 아니하는 경우에는 강제적 방법에 의하게 되는바, 위와 같은 행위 유형을 규명하기 위한 개념으로서 ‘행정조사’라는 개념이 대두되어 왔다.

행정기관이 위반행위를 인지하게 되면 상대방에게 그 시정조치를 명하고, 그 명령이 이행되지 아니하면 ‘행정상 강제집행’을 통하여 이를 강제로 실현하게 된다. 그런데 위반행위의 가능성이 높아지고 행정주체가 적극적으로 개입할 필요성이 점차 높아지는 현대에 이르러, 행정기관은 위반행위를 인지할 때까지 소극적으로 기다리는데 그치지 아니하고 ‘기본권 보호의무’에 입각하여 적극적으로 문제상황을 조사하기 위해 나서게 되었다.⁶⁾ 행정조사는 이미 인지된 위반행위에 대처하는 소극적인 활동의 단계에서 벗어나 행정의 적극적으로도 규제적인 활동으로 나아갔다는 데 그 특유함이 있는 것이다.

II. 행정조사의 개념 및 체계적 지위

행정조사의 명확한 개념에 관하여는 학자들 사이의 견해가 명확히 통일되어 있지 아니하다. 행정조사가 행정상 즉시강제로부터 독립되

6) 박정훈, 「행정법1-행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005, 383면.

어 논의되기 시작한 것이 비교적 최근이고, 현대에 이르러 행정조사의 법적 근거, 방법, 유형 등이 다종다양하여 그 구체적인 개념정립 및 범위에 관한 견해는 여전히 다소 차이가 있다.

1. 행정상 즉시강제에 포함되는 것으로 해석하는 견해

이 견해는 행정조사를 즉시강제에 포함되는 것으로 보고, 별도로 행정조사에 적용되는 법리의 독자성을 인정하지 않는다.⁷⁾ 행정조사는 사전에 어떠한 행정의무가 부과되지 아니하고, 강제성을 띄는 경우 그 한도에서 본질적으로 행정상 즉시강제와 성질을 같이 한다는 것이다.

2. 행정조사를 권력적 조사로 파악하여 논의하는 견해

다음으로, 행정조사에 비권력적 조사를 포함하면서도 연혁적으로 행정상 즉시강제의 일부를 이루고 있던 것이었다는 점, 실제 행정조사에서 특히 국민의 권리·이익의 보호 등과 관련하여 문제가 되는 것은 권력적 조사활동이라는 점 등을 고려하여 주로 권력적 조사에 관하여 행정조사의 문제를 포착하고, 검토하는 견해가 있다.⁸⁾ 위 견해를 권력적 조사만을 행정조사로 정의하는 것으로 판단하는 경우가 많으나,⁹⁾ 위 견해도 행정조사기본법이 행정조사에 권력적 조사와 비권력적 조사 양자를 포함하고 있다는 점에서 행정조사의 개념에서 비권력적 조사를 완전히 배제하지는 않는다.¹⁰⁾ 위 견해는 결국 뒤 3)의 견해와 행정조사의 주된 행위양태를 ‘권력적 조사’로 파악하여 검토하는 데 그 차이가 있을 뿐이라고 보인다.

7) 김도창, 「일반행정법론(상)」, 청운사, 1992, 593-594면.

8) 김동희, 「행정법(I)」, 박영사, 2015, 499면.

9) 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2011, 490면; 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2017, 722면.

10) 김동희, 앞의 책, 500면.

3. 비권력적 조사도 포함하는 견해

이 견해는 비권력적 조사를 포함한 행정주체의 일체의 조사작용을 행정조사로 본다.¹¹⁾ 행정조사는 권력적인 것인지 비권력적인 것인지 여부보다 행정에 필요한 정보를 수집하는 활동이라는 점에 중점이 있고, 권력적인 것이든 비권력적인 것이든 모든 행정조사에 있어 법적 통제를 가할 필요성이 있다는 점을 그 근거로 한다.¹²⁾

4. 행정조사기본법상 행정조사의 개념

행정조사기본법은 행정조사의 개념과 관련하여 ‘행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다.’고 정의하고 있다(제2조 제1호). 위 정의규정에 의하면, 행정주체가 정보나 자료를 수집하기 위하여 하는 행위라면 그 행위가 권력적이든, 비권력적이든 모두 동법의 행정조사 개념에 포섭되게 된다.

5. 검토 및 개념의 확정

살피건대, 행정조사의 독자성을 부인하고 행정상 즉시강제에 포함하는 견해는 행정조사를 행정상 즉시강제의 한 내용으로 다루었던 종래의 전통적인 행정법론과 그 궤를 같이 하나, 본질적으로 행정조사에 있어 권력적 행정조사만을 포섭할 수밖에 없는 점, 뒤에서 보는 바와 같은 행정상 즉시강제와 행정조사의 차이점을 해결할 수 없는 점 등에서 받아들이기 어렵다. 오늘날 행정조사의 범위와 양태가 광범위하여 행정법의 체계에서 독자적인 문제로서 다룰 필요성

11) 박균성, 앞의 책, 490-491면; 홍정선, 앞의 책, 723면.

12) 박균성, 앞의 책, 491면.

이 점증하고 있는바, 그에 걸맞은 법적 근거와 규제가 필요하다.

또한 비권력적 조사 또한 궁극적으로 행정작용을 위한 자료·정보의 수집활동이라는 점에서, 이를 행정조사에 관한 논의의 대상에서 제외하는 것 또한 타당하지 아니하다. 권력적 조사의 경우 국민의 기본권 침해의 여지가 많아 실제 행정조사에서 규율될 필요성이 더 높은 것이 사실이지만, 비권력적 조사와 권력적 조사의 차이가 모호하고, 비권력적 조사의 경우에도 경우에 따라서는 국민의 기본권과 그에 걸맞은 규율이 필요한 경우가 존재한다.

결국, 행정조사에 관한 개념은 ‘행정기관이 정책의 수립이나 행정작용의 적정한 실행을 위하여 정보 등을 수집하기 위하여 행하는 일체의 행정활동’으로 정의함이 타당하고, 그것이 행정조사에 관하여 특유하게 입법된 ‘행정조사기본법’상의 정의와도 부합한다. 다만 행정기관이 필요한 자료나 정보를 수집하는 형태와 방법이 매우 다양하므로 이를 모두 행정조사의 개념에 포섭할 경우 이를 어떠한 방법으로 분석하고 규율할 것인지가 문제되는바, 국민의 기본권보장을 위해서는 행정조사의 개념을 넓게 보고, 다만 뒤에서 보는 바와 같이 각 행정조사의 개별법적 근거, 행위 주체 및 각 단계를 구체적으로 들여다보고 그에 걸맞은 분석과 규율양태를 모색해보는 것이 필요하다.

III. 행정조사의 법적 성질

행정조사는 행정에 필요한 정보를 수집하는 활동으로서, 직접 그 법적 효과의 발생을 목적으로 하지는 아니한다. 그러나 이러한 이유에서 행정조사를 일률적으로 사실행위로 볼 수는 없다. 특히 보고서 요구명령, 장부서류제출명령, 출두명령 등은 직접적으로 조사대상자에게 어떠한 행위를 할 것을 요구한다는 측면에서 행정행위적인 성격을 갖는다.

따라서 행정조사의 법적 성질을 일률적으로 정의하기 보다는, 각 행정조사의 양태에 따라 그 성격을 파악하고, 그에 맞는 한계를 설정해 보는 것이 더 중요할 것이다. 예컨대, 조사대상자에게 어떠한 행위 내지 의무를 부과하는 보고서요구명령, 장부제출명령, 출두명령 등은 행정행위로서의 행정조사로, 질문, 출입검사, 실시조사, 진찰, 검진, 앙케이트 조사 등 사실행위로서의 행정조사로 봄이 타당하다.

IV. 행정조사의 종류

행정조사는 조사대상자에게 수인의무가 부과되는지에 따라 권력적 행정조사(강제조사)¹³⁾와 비권력적 행정조사(임의조사)로 구분된다. 권력적 행정조사는 경찰관직무집행법 제4조의 불심검문, 소방법 제30조의 화재조사와 같이 행정기관의 일방적인 명령·강제를 수단으로 하는 행정조사를 말하고, 비권력적 행정조사는 여론조사나 공청회 등과 같이 명령이나 강제를 수반하지 않는 행정조사를 말한다.¹⁴⁾

한편 행정조사의 방법에 따라 직접조사와 간접조사로 분류하기도 한다. 직접조사는 수색 등과 같이 사람의 신체·재산·가택에 직접 실력을 가하여 필요한 자료나 정보를 수집하는 행정조사를 의미하고, 간접조사는 앙케이트조사, 질문 등과 같이 사람의 신체·재산·가택에 직접 실력을 가하지 아니하고 행정상 필요한 자료나 정보를 수집하는 행정조사를 의미한다.

행정조사의 대상에 따라서는 대인적 조사·대물적 조사·대가택조사로 구분된다.¹⁵⁾ 대인적 조사에는 불심검문, 질문을, 대물적 조사는

13) 미국에서는 강제적 행정조사를 세 가지로 유형화하고 있다. ① 기록과 보고서를 요구할 수 있는 보고서요구권, ② 주택 또는 영업소에 출입하여 장부, 기록 및 가택을 조사할 수 있는 출입검사권, ③ 증인을 소환하거나 서류제출명령을 하는 소환장발부권이 그것이다.

14) 홍정선, 앞의 책, 724면.

물건의 수거, 검사를, 대가택조사에는 가택출입 및 임검을 그 예로 들 수 있다.

한편 행정조사의 목적에 따라서는 행정조사를 다음 4가지로 분류할 수 있다.¹⁶⁾ ① 행정기관이 기업의 전반적 업무상황 등을 파악하기 위해 실시하는 관리감독 차원의 조사, ② 사업자의 법 또는 규제 위반사실을 확인하기 위한 조사, ③ 행정처분의 전단계로서 사실확인을 위한 조사, ④ 실태조사로서 행정기관이 행정계획의 수립·정책의 입안 등을 위해 전반적인 동향과 실태를 파악하기 위한 조사가 그것이다.

제2절 행정조사에 관한 일반적인 원칙

I. 행정조사와 법치주의의 원칙

법치국가원리는 국가권력의 행사가 법의 지배 원칙에 따라 법적으로 구속을 받는 것을 뜻한다. 법치주의는 원래 국가권력의 자의적 행사를 막기 위한 데서 출발한 것이다. 국가권력의 행사가 공동선의 실현을 위하여서가 아니라 특정 개인이나 집단의 이익 또는 정파적 이해관계에 의하여 좌우된다면 권력의 남용과 오용이 발생하고 국민의 자유와 권리는 쉽사리 침해된다. 법치주의는 국가권력의 중립성과 공공성 및 윤리성을 확보하기 위한 것이므로, 모든 국가기관과 공무원은 헌법과 법률에 위배되는 행위를 하여서는 아니 됨은 물론 헌법과 법률에 의하여 부여된 권한을 행사할 때에도 그 권한을 남용하여서는 아니 된다.¹⁷⁾

¹⁵⁾ 위의 책, 725면.

¹⁶⁾ 신종익·임상준, 「행정조사의 실태와 개선방안-규제개혁 차원의 접근을 중심으로」, 한국법제연구원, 2004, 30면

¹⁷⁾ 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두47659 판결에서 실시한 법치국가원리의

특히 행정법에 있어 헌법의 규범력이 확보되어 ‘실질적 법치주의’가 완성됨으로써 헌법의 원칙이 행정법의 최고법원을 이룰 수 있게 되었다. 이에 따르면 헌법상 평등권조항에서 평등원칙이, 법치국가원리에서 비례원칙이, 법치국가원리에서 도출되는 법적 안정성에서 신뢰보호원칙이 각각 도출된다.¹⁸⁾

최근 대법원은, 법치국가원리가 형사절차의 영역뿐만 아니라 행정조사, 그중에서도 ‘세무조사’의 영역에도 적용될 수 있음을 실시하면서, 그와 같은 법치국가원리가 행정조사의 영역의 원칙으로써 어떻게 기능하는지를 구체적으로 실시하였다. 즉, 국세기본법 제81조의4 제1항은 “세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다”고 규정하고 있는바, 이는 법치국가원리를 조세절차법의 영역에서도 관철하기 위함이라는 것이다. 위 규정은 일견 비록 세무조사에 관하여 일반적이고도 포괄적인 원칙을 실시하고 있는 것처럼 보이지만 그 자체로 구체적인 법규적 효력을 가지므로, 세무조사가 ‘과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증’이라는 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 것이라면 이는 세무조사에 ‘중대한 위법사유’가 있는 경우에 해당하고, 따라서 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하게 된다는 것이다.

행정조사의 한계에 있어 법치국가의 원리는 ‘행정청은 행정조사에 있어 헌법과 법률에 위배되는 행위를 하여서는 아니됨은 물론, 헌법과 법률에 의하여 부여된 권한을 행사할 때에도 비례의 원칙에 따라 그 권한을 남용하여서는 아니된다.’는 중요한 기준을 제시한다. 이와 같은 법치국가의 원리는 비단 세무조사 영역뿐만이 아니라 공정거래위원회, 금융위원회 또는 세관절차 등 다양한 영역에 있어서

개념 참조.

¹⁸⁾ 박정훈, 앞의 책, 133면.

널리 적용될 수 있는 중요한 원칙으로 작용한다.

II. 행정조사와 법률유보의 원칙

1. 법률유보원칙의 의의

행정의 영역에 있어 법률유보의 원칙은 행정권의 발동에는 법령의 근거가 있어야 한다는 것이다. 즉, 행정상 필요하다는 사실만으로 행정권이 행사될 수는 없고, 법적 근거가 있어야 행정권 행사가 가능하다는 원칙이다.¹⁹⁾

2. 적용범위

법률유보원칙의 적용범위에 관하여, 종래에는 국민의 자유와 재산을 침해하는 행정작용은 법률의 근거가 있어야 한다는 침해유보설이 통설적인 견해였다. 그러나 최근에는 공동체나 시민에게 중요한 행정권의 조치는 침해행정뿐만 아니라 급부행정에 있어서도 법률의 근거를 요하고, 그 중요성의 정도에 비례하여 보다 구체적인 규율을 하여야 한다는 중요사항유보설이 주류적인 위치를 점하고 있다. 판례도 “국민의 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 국회가 정하여야 한다.”고 판시²⁰⁾하여, 위 학설과 견해를 같이 하고 있다.

그러나 중요사항유보설 또한 ‘국민의 자유와 재산을 침해하는 중요한 사항’이 무엇인지가 모호하여 구체적인 경우에 있어서 법률유보의 범위나 밀도를 판단함에 있어 어려움이 있다는 약점이 있으므로, 결국 그와 같은 중요사항이 구체적으로 무엇인지는 행위형식과 행정유형별로 개별적으로 검토되어야 한다.²¹⁾

19) 박균성, 앞의 책, 22면.

20) 대법원 2007. 10. 12. 선고 2006두11476 판결 등 다수.

21) 위의 책, 25-26면.

3. 행정조사에 있어서의 법률유보원칙

어떠한 행정조사의 경우 법령의 근거가 있어야 하는지에 관하여, 행정조사 중 행정청의 실행행사가 수반되는 권력적 행정조사의 경우, 즉시강제와 마찬가지로 법적 근거가 필요하다는 견해가 있다.²²⁾

행정조사기본법 제5조 또한 강제조사의 경우 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있으나, 임의조사, 즉 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 법령의 근거 없이 할 수 있음을 규정하고 있다.

그런데 위와 같이 행정조사를 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사로 나누어 전자의 경우에만 법령의 근거를 필요로 한다는 이분법은 법률유보에 관한 침해유보설에 입각한 것으로서, 자칫 행정조사의 속성을 권력적·비권력적으로 구분하여 일률적으로 법적 근거의 필요성 여부를 정하는 오류에 빠질 우려가 있다. 예컨대, 상대방이 임의적으로 행정조사에 협력하더라도 행정조사에 의하여 작성된 자료가 상대방의 사생활, 기업의 영업비밀 등과 관련된 파일로 작성·관리될 경우에는 법령의 근거가 있어야 한다. 즉, 법률유보 원칙에 대한 중요사항유보설에 입각할 때, 행정조사에 대한 법령의 근거 필요성은 행정조사가 ‘국민의 권리·의무에 관한 기본적인 사항’인지 여부를 가려 그 본질적 의미 및 중요성에 따라 검토됨이 타당하고, 권력적 행정조사인지 여부 및 조사대상자의 동의 여부를 가려 일률적으로 판단될 것은 아니라고 할 것이다.

4. 행정조사에 있어서의 법률유보 내용

행정조사에 법령의 근거가 필요하다는 점을 인정한다고 하더라도, 그 근거가 필요한 사항에 관한 추가적인 고찰이 필요하다. 즉, 법령

²²⁾ 김동희, 앞의 책, 502면.

이 행정청에게 ‘행정조사를 실시할 수 있다’는 포괄적인 관할권을 부여한다면 그와 같은 근거만으로 그 근거는 조직법적 근거만으로 충분한지, 아니면 작용법적 근거가 함께 있어야 하는지 여부도 문제된다.

이에 관하여 법적 근거의 필요성이 인정되는 강제조사에 대한 법적 근거의 설정은 조직법적 근거에 의한 포괄적 근거설정만으로 부족하고 구체적인 작용법적 근거가 추가로 필요하다는 견해도 있으나, 앞서 본 중요사항유보설을 관철할 때 강제조사뿐만 아니라 임의조사의 경우에도 행정기관이 국민의 자유와 권리에 본질적인 영향을 미칠 수 있는 조사작용의 경우 구체적인 작용법적 근거가 필요하다고 봄이 타당하다.

III. 행정조사와 비례의 원칙

헌법 제37조 제2항은 기본권의 제한은 법률로써, 그것도 필요한 범위 내에서만 하도록 규정하고 있다. 즉, 행정법적 규제가 합헌성을 획득하기 위해서는 그 필요성이 긍정되지 않으면 아니 되는 것이다. 이것이 바로 행정법적 규제에 관한 모든 법률에 대해 위헌법률심사에서 동원되는 비례원칙이다.

비례원칙의 구체적인 내용으로 첫째, 당해 규제수단이 목적하고 있는 바가 질서유지·공공복리의 실현이라는 헌법적 정당성을 가져야 하고 (목적의 정당성), 둘째 그 규제수단이 그 목적을 실현하는 데 적합한 것이어야 하며(수단의 적합성), 셋째 그 목적을 실현할 수 있는 다른 완화된 - 기본권 내지 자유를 보다 적게 제한하는 - 수단이 없어야 하고(침해의 최소성), 넷째 그 규제수단으로 인해 제한되는 사익보다 이를 통해 보호되는 공동체의 이익이 더 크거나 최소한 같아야 한다(법익의 균형성). 이러한 비례원칙은, 특히 침해의 최소성 원칙은 행정법적 규제의 단계가 높아지면 질수록 점점 더 엄격

하게 적용된다.

위와 같은 비례의 원칙은 단순히 행정법상으로만 인정되는 원칙이 아니라 헌법상 원칙으로서, 권력행정에 속하는 경찰행정영역은 물론이고 입법·사법·행정 전반에 걸쳐 적용되는 원리로 이해된다. 비례원칙에 따라, 행정조사는 행정목적 달성을 위해 적절한 것으로서 합리적이고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.²³⁾ 특히, 행정조사수단의 선택, 조사의 인적 범위, 조사의 물적 범위, 조사의 시간적 한계 등에 있어 별다른 규정이 없는 행정조사의 영역에 있어 비례의 원칙은 그 한계의 중요한 기준이 될 수 있다.

무엇보다 행정조사에 관한 비례의 원칙 관철에 있어 최우선적으로 고려할 것은, 행정조사는 본질적으로 ‘임의조사’가 기본이 되어야 한다는 것이다. 행정조사는 근본적으로 행정청과 국민 상호간의 신뢰 관계를 그 기반으로 한다. 특히 수단의 적합성 및 침해의 최소성과 관련하여, 임의조사가 아닌 강제조사라는 수단을 선택함에 있어서는 그와 같은 수단이 적합한지, 이로 인해 제한되는 사익보다 이를 통해 보호되는 공동체의 이익이 더 큰지가 심사되어야 한다.

IV. 행정조사와 평등의 원칙

평등의 원칙은 헌법 제11조 제1항의 평등권 조항에 근거한 것으로, 합리적인 사유가 없는 한 모든 국민을 공평하게 처우하여야 한다는 원칙을 말한다. 평등의 원칙은 직접 헌법에 명시된 헌법상의 원칙으로서, 모든 국가작용에서 존중되어야 하므로 행정조사에도 당연히 적용되는 원칙이다.

모든 국가작용은 항상 그 규율대상인 국민을 차별대우하는 결과가 되므로, 평등원칙은 결국 그러한 법적 규율의 ‘정당한 사유’의 입증 책임을 국가에게 부여한다는 점에 그 실익이 있다.²⁴⁾

²³⁾ 김동희, 앞의 책, 503면.

행정조사 중 특히 세무조사에 있어 피조사자의 선정 및 조사의 강도와 관련하여 해당 원칙이 자주 문제된다.²⁵⁾ 세무조사는 꼭 필요한 경우에만 실시되어야 함에도 호화생활자에 대한 세무조사, 의약분업 때 집단 폐업이나 휴진에 들어간 세무조사 등 정부의 다른 정책 목적을 위하여 특정 집단에 대하여만 이루어진 경우가 있어 왔다.²⁶⁾ 또한 국세청은 매년 적정 수준의 납세자를 일괄선정기준에 의하여 조사대상으로 선정하고, 불성실신고 혐의나 불건전한 경제행위에 관하여 세금 탈루혐의가 있는 납세자를 선정하나, 국세청의 세무조사 대상 선정규모, 세부적인 선정기준 및 절차 등이 계획적이거나 체계적이지 않고 사회적인 문제를 해결하기 위하여 즉흥적으로 이루어지는 경우가 있어 왔던 것이다.²⁷⁾ 이와 같이 공정성을 위반하여 이루어진 행정조사의 경우, 조사대상자는 그 위법성에 관하여 헌법이 정한 ‘평등의 원칙’ 위반으로서 다룰 수 있고, 이 경우 소관 행정청은 그 조사의 정당한 사유를 스스로 입증하여야 한다.

V. 행정조사와 적법절차의 원칙

1. 적법절차의 원칙의 의의

적법절차의 원칙(due process of law)은 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리이다. 헌법재판소는 헌법 제12조 제1항 및 제3항을 행정절차의 직접적 헌법적 근거로 보고 있는바,²⁸⁾ 헌법 제12조 제1항에 의하면 “~누구든지 법률에 의

24) 박정훈, 앞의 책, 137면.

25) 박균성, 앞의 책, 497면.

26) 오기수, “언론에 비친 세무조사의 실태에 관한 연구”, 세무학연구 제20권 제3호, 2003, 210면.

27) 위의 논문, 215면.

28) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌마8 결정.

하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하고, 같은 조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정한다.

2. 행정작용에 있어 적법절차원칙의 적용여부

헌법재판소는, 적법절차의 원칙은 누구든지 합리적이고 정당한 법률의 근거가 있고 적법한 절차에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색을 당하지 아니함은 물론, 형사처벌 및 행정벌과 보안처분, 강제노역 등을 받지 아니하는 것인바, 이는 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 한다고 하여,²⁹⁾ 행정작용에 있어서도 적법절차의 원칙이 관철되어야 함을 명확히 하고 있다.

또한 대법원은 형식적으로는 행정절차법의 적용이 원칙적으로 배제되는 경우라 하더라도, 실질적으로 상대방에게 불이익한 법적 효과를 야기하는 이른바 ‘침해적 행정처분’의 경우 적법절차원리가 일종의 강행규범으로서 이에 위반한 처분의 위법성을 인정하는 심사기준이 되어야 한다는 법리를 실시하여 왔다.³⁰⁾ 특히 행정조사 중에서도 세무조사와 관련하여, 대법원은 “세무조사는 국가의 과세권을 실현하기 위한 행정조사의 일종으로서 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증 등을 위하여 필요불가결하며, 종국적으로는 조세의 탈루를 막고 납세자의 성실한 신고를 담보하는 중요한 기능을 수행한다. 이러한 세무공무원의 세무조사권의 행사에서도 적법절차

29) 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2001헌바41, 1992. 12. 24. 92헌가8 결정.

30) 김성수, “‘적법절차원리’, 행정법의 일반원칙인가”, 법률신문 4225호, 2014 참조.

의 원칙은 마땅히 준수되어야 한다.”고 판시함으로써 행정조사의 영역에도 적법절차의 원칙이 준수되어야 함을 명시한 바 있다.³¹⁾

위법한 행정조사에 대한 통제를 위하여 가장 효율적인 방법은 위법한 행정조사에 기하여 수집한 자료를 그 행정처분의 근거자료로 사용하지 못하게 하는 것이다. 이와 같은 측면에 비추어 볼 때, 실체적 진실발견을 희생하여 가면서까지 위법한 행정조사에 기한 자료를 배제하는 근거는 적법절차의 보장이라는 헌법상의 요구에 의한 것이 된다.³²⁾ 그러나 행정조사에 있어 모든 절차규정의 위반을 적법절차 원칙의 ‘중대한 침해’라고 보기는 어려울 것이고, 행정조사에 관한 각 절차 규정의 위반이 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여지지 않거나 조사권한을 남용하기에 이르렀다고 판단될 경우 이는 적법절차 원칙의 중대한 침해라고 봄이 타당하다.

제3절 행정조사기본법에 의한 한계 및 그 문제점

I. 행정조사기본법 제정의 의의

우리나라에서는 행정조사에 관한 일반법으로서 2007. 5. 17. ‘행정조사기본법’이 제정되어 현재 시행되고 있다. 종래 행정조사의 개별 법률에서는 행정조사에 관하여 조사의 주체, 조사의 상대방, 대상, 증표제시에 관한 기본적인고 간략한 규정만을 두고 있을 뿐 절차적·실체적 한계에 관한 규정이 제대로 마련되어 있지 아니하여 조사대상자의 권익보호와 기업의 부담을 완화하기 위하여 행정조사에 관한 일반법 제정의 필요성이 대두되었고, 이러한 맥락에서 행정조사

31) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결 참조.

32) 이예슬, “우선적 세무조사 대상자 선정에 관한 구 국세기본법(2006. 12. 30. 법률 제8139호로 개정되기 전의 것) 제81조의5 제2항의 해석”, 법원도서관 대법원 판례해설 제100호, 2014, 18면.

기본법이 제정되기에 이르렀다.

하지만 행정조사사기본법은 권력적 행정조사의 작용법적 근거가 되지 않는다. 즉 행정조사에 관한 몇 가지 기본원칙을 제외하면, 위 법은 기본적으로 행정조사의 절차와 방법에 관하여 규정하는데 그치는 것이다.³³⁾

II. 행정조사기본법에서 규정된 행정조사기본원칙 및 한계

1. 행정조사의 기본원칙

가. 조사권 남용 금지 원칙

먼저 행정조사기본법에 의하면 행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하고, 다른 목적을 위하여 조사권이 남용되어서는 안 된다.³⁴⁾ 이는 행정법의 일반원칙 중 비례의 원칙이 명문으로 규정된 것으로 보인다.³⁵⁾

나. 목적부합성의 원칙

행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선택하여 행정조사를 실시하여야 한다.³⁶⁾

다. 중복조사금지의 원칙

행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사를 실시

³³⁾ 김동희, 앞의 책, 507면

³⁴⁾ 행정조사기본법 제4조 제1항.

³⁵⁾ 김동희, 앞의 책, 508면.

³⁶⁾ 행정조사기본법 제4조 제2항.

함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.³⁷⁾ 위 규정은 행정의 효율성 제고 및 국민 권익의 보호와 관련한 규정이다.³⁸⁾

또한 행정조사기본법 제7조에 따라 정기조사 또는 수시조사를 실시한 행정기관의 장은 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사하여서는 아니된다. 다만, 당해 행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 그러하지 아니하다.³⁹⁾ 행정조사를 실시할 행정기관의 장은 행정조사를 실시하기 전에 다른 행정기관에서 동일한 조사대상자에게 동일하거나 유사한 사안에 대하여 행정조사를 실시하였는지 여부를 확인할 수 있다.⁴⁰⁾ 행정조사를 실시할 행정기관의 장이 제2항에 따른 사실을 확인하기 위하여 행정조사의 결과에 대한 자료를 요청하는 경우 요청받은 행정기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 관련 자료를 제공하여야 한다.⁴¹⁾

라. 법령 준수의 원칙

행정조사는 법령 등의 위반에 대한 처벌보다는 법령 등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.⁴²⁾ 이는 행정조사가 행정의무 준수를 위한 간접적 강제수단으로서 기능할 수 있다는 전제에서 규정된 것으로 보인다.⁴³⁾

마. 비밀유지의 원칙

37) 행정조사기본법 제4조 제3항.

38) 김동희, 앞의 책, 508면.

39) 행정조사기본법 제15조 제1항.

40) 행정조사기본법 제15조 제2항.

41) 행정조사기본법 제15조 제3항.

42) 행정조사기본법 제4조 제4항.

43) 김동희, 앞의 책, 508면.

다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 안된다.⁴⁴⁾ 또한 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사 목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.⁴⁵⁾

2. 행정조사 수단 및 절차 규정

가. 조사의 사전통지

행정조사기본법에 의하면, 행정조사는 법령 등의 위반에 대하여 혐의가 있는 경우 수시로 실시할 수 있는데(같은 법 제7조 제2호), 조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우에는 조사목적, 조사기간과 장소, 조사원의 성명과 직위, 조사범위와 내용 등이 기재된 현장출입조사서를 조사대상자에게 발송하여야 한다(같은 법 제11조). 이는 ‘조사의 사전통지’를 규정한 조항이다. 특히 사전통지의무는 행정조사를 규정한 개별 법령에 규정된 사례가 적지 않고, 이 경우에 사전통지의무가 있음에도 불구하고 통지를 하지 않는 경우의 조사의 효력이 문제될 수 있다.⁴⁶⁾

나. 시료채취 및 영치

조사원은 조사목적의 달성을 위하여 시료채취를 할 수 있는데(같은 법 제12조), 현장조사 중에 자료·서류·물건 등을 영치하는 때

44) 행정조사기본법 제4조 제5항.

45) 행정조사기본법 제4조 제6항

46) 최환용·장민선, 「국민 중심의 행정조사 관련 법제 개선방안 연구」, 한국법제연구원, 2016, 45면

에는 조사대상자 또는 그 대리인을 입회시켜야 하고, 영치를 완료한 때에는 영치조서를 2부 작성하여 입회인과 함께 서명날인하고 그 중 1부를 입회인에게 교부하여야 한다(같은 법 제13조 제1, 2항).

다. 행정조사에 대한 거부권의 부여

행정기관의 장이 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 행정조사를 실시하고자 하는 경우 조사대상자는 문서·전화·구두 등의 방법으로 당해 행정조사를 거부할 수 있다(같은 법 제20조 제1항).

III. 행정조사의 한계에 있어 행정조사기본법의 문제점

1. 적용제외의 광범성

행정조사기본법의 적용범위에 관하여, 행정조사기본법 제3조 제2항은 광범위한 적용제외사항을 규정하고 있는데,⁴⁷⁾ 특히 실무상 빈

47) 행정조사기본법 제3조 제2항 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다.

1. 행정조사를 한다는 사실이나 조사내용이 공개될 경우 국가의 존립을 위태롭게 하거나 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 국가안전보장·통일 및 외교에 관한 사항
2. 국방 및 안전에 관한 사항 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항
 - 가. 군사시설·군사기밀보호 또는 방위사업에 관한 사항
 - 나. 「병역법」·「예비군법」·「민방위기본법」·「비상대비자원 관리법」에 따른 징집·소집·동원 및 훈련에 관한 사항
3. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조제3항의 정보에 관한 사항
4. 「근로기준법」 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항
5. 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항
6. 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항
7. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」,

변하게 이루어지는 행정조사의 핵심 영역인 세무조사나 공정거래위원회의 조사, 금융감독기관의 감독·조사 등을 제외하고 있다. 비록 행정조사기본법 중 행정조사의 기본원칙,⁴⁸⁾ 행정조사의 근거⁴⁹⁾ 및 정보통신수단을 통한 행정조사⁵⁰⁾ 등의 규정은 여전히 적용예외 영역의 행정조사에도 적용되기는 하나, 구체적인 행정조사의 절차적 규정이 적용되지 않는다는 점에서 근본적인 한계가 있다. 또한 행정조사기본법에 규정된 대상자의 권익보호를 위한 법적 장치가 세무조사나 공정거래위원회의 조사에 관한 개별법인 국세기본법 및 개별법에는 아예 규정되어 있지 않은 경우도 있다.

나아가 행정조사기본법과 개별 법률의 내용이 모순될 경우 어떤 법률이 우선적으로 적용되어야 하는가의 문제도 있을 수 있다.⁵¹⁾

오늘날 행정조사의 범위가 점점 넓어지고 그 행정조사의 양태도 다종·다양해짐에 따라 모든 행정조사 영역에 있어 공통적으로 행정조사기본법이라는 일반법으로 규율하는 데에는 그 한계가 있다고 할 것이다. 그러나 적어도 행정조사기본법에 규정된 표준적 절차와 권익보호장치는 직접 개별법에 규정함이 필요하고, 행정조사기본법의 적용제외를 점차 줄여나가 행정조사기본법이 진정한 일반법으로서 기능하려는 시도가 필요하다.

2. 위법한 행정조사에 관한 제재규정의 미비

행정조사기본법에는 행정조사가 위법하게 이루어진 경우에 대한

「방문판매 등에 관한 법률」, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」 및 「할부거래에 관한 법률」에 따른 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항.

48) 행정조사기본법 제4조.

49) 행정조사기본법 제5조.

50) 행정조사기본법 제28조.

51) 오준근, “행정조사제도의 법리적 논의·입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구”, 토지공법연구 제45권, 2009, 370면.

제재규정이 존재하지 않는다. 예컨대, 행정조사기본법 제10조는 보고요구와 자료제출 요구에 관하여 보고요구서를 발송할 것 및 자료제출요구서를 발송할 것만을 규정하고 있을 뿐이나, 조사대상자는 제17조에 따라 그에 대한 의견을 제출할 수 있을 뿐 위 보고요구 및 자료제출요구의 위법성을 다투 방법은 없다.

개별 법령에 행정조사를 거부, 방해, 기피하는 조사대상자에 대한 벌칙이나 과태료 규정이 존재하기는 하나, 위 각 법령은 행정기관에 대한 제재를 명시적으로 규정하지는 아니하고 있다. 따라서 행정조사의 절차나 한계를 준수하지 아니하고 행정조사가 이루어진 경우, 그와 같은 행정조사를 받게 된 조사대상자는 위 행정조사 자체 또는 행정조사에 근거한 행정처분의 효력을 다투어야만 한다.

그러나 행정조사의 대상적격을 인정한다고 하더라도, 행정조사 그 자체의 효력을 다투는 것은 ‘법률상 이익’이 이미 상실된 경우가 많아 결국 그 구제가 제한적일 수밖에 없을 것이다. 또한 행정조사의 절차나 한계를 준수하지 아니하고 이루어진 행정조사에 근거하여 이루어진 행정처분의 효력을 다투다고 하더라도, 그것은 처분의 효력을 다투는 문제일 뿐 위법한 행정행위를 발령한 행정기관 자체에 대한 제재수단이 될 수는 없다.

따라서, 현재 행정조사기본법에는 시료채취로 인한 손실보상의 근거만이 규정되어 있으나, 적어도 법령에 규정된 조사절차를 제대로 지키지 아니하여 조사대상자에게 영업상, 재산상 손실이 발생한 경우 이를 보상하는 규정을 둘 필요가 있다.

제2장 행정조사의 위법성 판단기준 및 한계

제1절 행정조사의 위법성 판단에 있어 고려되어야 할 요소

I. 조사의 주체에 따른 한계

1. 법적 근거

행정조사의 주체는 조사를 수권한 법령에 의하여 관할권을 가지는 행정기관의 공무원이다. 행정조사에 관한 개별 법령은 행정조사에 관한 권한을 법령에 의하여 개별 행정기관에 위임하고 있다.

법률유보의 원칙에 의하여, 조사를 담당하는 공무원에 대한 조직 법적 근거는 필수적이다. 한편 미국의 경우, 조사권을 부여한 법령에 의하여 행정기관이 소환장을 발부하였을 경우 조사대상자가 자신은 위 법령에 의한 규제대상이 아니기 때문에 위 행정기관은 그러한 조사권한이 없다는 관할권 항변(jurisdictional defense)을 할 경우에 관한 판례가 존재한다. 위와 같은 경우, 연방대법원은 법령에 의하여 행정기관에 조사에 관한 권한을 부여한 이상 그 조사대상이 규제대상인지 여부에 대한 판단 또한 행정청에게 있고, 피조사대상자가 조사의 집행에 있어 그와 같은 관할권의 항변을 할 수는 없다는 원칙을 확립하였다. 비록 우리나라에는 소환장의 발부와 같은 제도가 존재하지는 아니하나, 의회에 의하여 행정기관에게 준사법적기관으로서의 지위가 부여된 이상 사법부가 그 ‘조사대상’의 확정과 관련한 행정기관의 판단을 존중한다는 점에서 우리나라 법령의 해석에 있어서도 그 시사점이 있다.

2. 특별사법경찰권을 부여받은 행정공무원

특별사법경찰관리 제도는 행정법 분야에서 담당공무원들이 전문성

활용과 일반 사법경찰관리의 수사상 한계를 극복하기 위하여 도입된 제도로써, ‘사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률’에 의하여 사법경찰관리의 신분을 취득하거나, 일반 공무원 가운데에서 일정 직위에 있는 자들을 검사장이 지명하여 사법경찰관리의 직무를 수행하도록 하는 제도를 말한다. 이러한 특별사법경찰제도를 인정하고 있는 이유는, 특정업무에 대한 지도·단속권을 가진 행정공무원에게 범죄의 수사 및 증거의 수집 등 목적을 위해 법률의 규정 등에 의해 특별사법경찰관리의 신분을 부여하고 사법경찰권을 부여함으로써 일반사법경찰관리가 담당하기 힘든 개별 행정영역의 범죄에 대한 위험방지, 범죄예방, 단속활동 및 수사업무를 담당하도록 하기 위함이다.⁵²⁾

즉 특별사법경찰관리는 형법상 수사보다 행정형벌규정에 관한 일정 범죄에 대한 수사를 하게 된다. 대표적인 특별사법경찰관리로는 앞서 살펴본 관세법상의 세관공무원을 들 수 있다.⁵³⁾

특별사법경찰관리제도에 의하여 사법경찰관리의 지위를 부여받은 행정공무원이 행하는 조사활동의 경우 범죄수사 차원의 행위로 평가될 가능성이 더 높아진다. 따라서 위와 같은 지위에 있는 행정공무원의 행정조사활동이 범죄수사 차원의 행위로 평가될 경우 수사기관으로서 검사의 수사지휘를 받게 되고, 행정조사는 형사 수사가 되므로 형사소송법상 진술거부권의 고지, 영장주의 변호사의 조력권 등 형사소송법상 절차가 준수되어야 한다. 또한 이들이 현장 출입, 자료의 제출 요구, 장부나 서류의 검사를 하기 위해서는 법관의 영장을 발부받아야 한다고 봄이 상당하다.

그러나 특별사법경찰관리의 조사활동이라고 하여 모두 일률적으로

52) 김용주, “행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계확정”, 경찰학연구 제 14권 제4호, 2014, 80면.

53) 관세법 제295조 세관공무원은 관세법에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」이 정하는 바에 의하여 사법경찰관리의 직무를 행한다.

범죄수사에 해당한다고 볼 것은 아닌바, 그와 같은 구별은 결국 다른 요소들, 즉 ‘조사의 목적’, ‘조사의 방법’ 등의 요소를 종합적으로 고려하여야 판단하여야 할 것이다. 특히 ① 특별사법경찰관리가 개인의 사유재산인 주거 및 사업장에 들어가 조사를 하는 경우인지, ② 수사기관이 그 대상을 구체적으로 특정하였는지, ③ 범죄혐의의 정도는 어느 정도인지 등을 종합하여 판단하여야 할 것이고,⁵⁴⁾ 이와 더불어 그 행정조사의 근거가 되는 개별법의 목적과 주체, 수단과 절차적 통제 규정 등도 아울러 고려하여야 할 것이다.⁵⁵⁾

3. 강제조사권을 가지는 행정공무원

한편 특별사법경찰관리의 신분을 취득하지 아니하였다고 하여도, 개별 법률에 의하여 압수, 수색을 할 수 있는 권한을 부여받거나 기타의 강제조사를 할 수 있는 권한을 부여받은 경우가 있다. 예컨대 조세범처벌절차법에 따르면 세무공무원은 조세범칙조사를 위하여 압수, 수색을 할 수 있고, 동법시행령에 따르면, 세무공무원은 ‘검사장 또는 검찰총장의 지명을 받은 자’이지만, 이들은 법령상으로 ‘사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제5조에서 규정한 자’에 해당하지는 아니하므로, 그러한 의미에서는 특별사법경찰관리가 아니다.⁵⁶⁾ 이들은 비록 특별사법경찰관리의 신분을 취득하지는 아니하나, 조세범칙조사 과정에서 권리침해의 가능성이 크다는 점에서 조세범처벌절차법 제10조에 의하여 형사소송법이 준용된다.

54) 이현철, “위법수집증거배제의 적용범위 및 실무상 한계 고찰: 비진술증거에 대한 위법수집증거배제를 중심으로”, 사법연수원논문집 제7집, 2010, 445면.

55) 전승수, “국제우편물에 대한 세관 검사와 통제배달”, 형사판례연구 제23권 2015, 671면.

56) 이근우, 앞의 논문, 97면.

4. 조사 주체와 절차적 통제

결국 특별사법경찰관리 또는 강제수사권을 가지는 행정공무원의 행정조사의 성격을 가늠하기 위해서는 개별법에 의하여 수권된 이들의 권한의 범위 및 강도를 고려하여야 한다. 개별법에 의한 권한의 범위가 넓을수록, 그리고 그러한 조사가 개인의 권리를 침해할 가능성이 높아 이들의 조사가 ‘범죄수사’에 해당하거나 그에 준한다고 판단되어질 경우, 이들의 행정조사는 형사소송법 등의 엄격한 절차적 통제를 받는다고 봄이 상당하다.

II. 조사 목적에 따른 한계

미국에서는 통상 수사기관을 포함한 행정기관의 활동을 행정목적의 활동과 사법목적을 위한 활동으로 나누어 보지는 아니하였으나, 대륙법계는 행정기관의 행정조사와 사법조사를 구분하려는 경향이 존재하여 왔다.⁵⁷⁾ 그러나 오늘날, 행정조사와 사법조사의 일률적인 구분은 어렵다.

행정조사가 단순한 실태조사만을 목적으로 하는 것인지, 행정기관의 관리감독권한 행사를 위한 것인지, 나아가 형법 또는 과태료 등의 행정벌 부과를 목적으로 하는 것인지에 따라 행정조사의 한계는 다를 수밖에 없다.

특히 법률유보의 원칙과 관련하여, 단순한 실태조사만을 목적으로 하는 경우에는 법령의 근거가 필요 없을 것이나, 행정기관의 관리감독권한의 행사를 위한 경우, 법령위반여부에 대한 조사를 목적으로 하는 경우 및 행정처분을 위한 사실확인을 목적으로 하는 경우에는 행정조사가 국민에 대하여 가지는 의미가 매우 본질적이고 중요하

⁵⁷⁾ 기노성, “행정기관의 압수수색에 관한 헌법적 통제”, 형사법의 신동향 통권 제22호, 2009, 14면.

므로, 이와 같은 조사에 대해서는 법령의 근거가 있어야 할 것이다. 즉 조사의 목적이 구체적으로 법령에 기재되어야 할 것이고, 어떠한 내용에 관하여 조사를 수행할 것인지 또한 구체적으로 명확한 근거가 필요하다. 또한 상대방이 임의적으로 협력하는 경우라도, 행정조사가 개인의 사생활에 관한 자료, 기업의 영업비밀에 관한 자료 등 국민생활에 본질적인 중요한 사항을 조사하고 이를 일정한 파일로 작성·관리하고자 할 경우에는 법령의 근거가 있어야 할 것이다.⁵⁸⁾

특히 현행 개별법들은 조사의 근거는 법률에 두면서도 조사의 방법이나 절차 등 세부 사항은 하위법령에 위임한 경우가 많고, 법률에 위임을 받지 않고 시행규칙에서 현장조사의 근거를 규정한 경우도 있으나⁵⁹⁾, 원칙적으로 중요한 사항은 법률에 규정하여야 할 것이며 하위법령에 규정하는 경우에도 법률에 구체적으로 위임 규정을 두는 것이 합당하다.

III. 조사의 방식에 따른 한계

1. 조사의 방식 개관

행정조사에 관한 우리나라의 법령은 검사, 감사, 진단, 감정, 검정, 점검, 보고, 자료제출, 출입, 출석, 진술, 확인 등 다양한 행정조사의 수단을 규정하고 있다. 보고서 제출명령과 같은 행정행위의 형식으로 행정조사를 실시하는 경우도 있고, 현장에 나가서 사실을 확인하는 사실행위의 방식을 취하는 경우도 있다.

⁵⁸⁾ 오준근, “행정조사의 공법이론적 재검토”, 공법연구 제31집 제3호, 2003, 529면 이하 참조.

⁵⁹⁾ 예컨대, 국민건강보험법 시행규칙 제20조는 심사평가원이 요양급여비용에 대한 심사청구를 받은 경우 제출받은 자료의 사실 여부 확인을 위해 현장조사를 실시할 수 있는 근거를 규정하고 있고 보건복지부 고시(요양급여비용 심사·지급업무 처리기준)로 이에 관해 규정하고 있다. 최환용·장민선, 앞의책, 117면 참조.

2. 비례의 원칙 고려

조사의 방식에 관하여, 행정법의 일반원칙 중 ‘비례의 원칙’이 고려되어야 하고, 행정조사기본법 또한 “행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하고, 다른 목적등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니된다.”고 하여 비례의 원칙을 천명하고 있다.⁶⁰⁾

이와 같은 비례의 원칙을 고려할 때, 먼저 임의조사와 강제조사 중 임의조사의 방식에 의한 행정조사가 먼저 고려되어야 할 것이고, 또한 강제조사의 경우에도 다양한 방식의 선택에 있어 비례의 원칙이 고려되어야 한다. 예컨대 행정조사 중 대표적인 강제조사인 현장조사는 그 목적이 특정한 자료나 특정인을 조사하기 위한 전제가 되는 조사인 경우가 많고, 그 범위 및 대상이 모호하기 때문에, 행정조사 범위가 다른 조사유형보다 불확정적이고 포괄적일 가능성이 크고, 개인의 사익을 침해할 가능성이 높다. 따라서 강제조사의 경우에도 출두·진술명령 및 물건제출명령, 동의에 기한 출입검사, 간접강제에 의한 출입검사의 순서와 같이 인권침해의 가능성이 적은 수단으로부터 순차적으로 행하여져야 할 것이고, 그 강도가 강해질수록 법에서 마련된 절차적 보장책이 엄격히 준수되어야 한다.

또한 행정조사기본법에 따르면 행정조사는 정기적으로 실시함을 원칙으로 하고,⁶¹⁾ 수시조사는 행정기관의 필요에 따라 자의적으로 실시될 가능성이 높으므로, 정기조사의 방식에 의한 행정조사가 먼저 고려되어야 하고, 수시조사는 행정조사기본법이 정한 예외적인 요건⁶²⁾ 및 그 필요성이 충분히 뒷받침된 경우에만 시행되어야 한다.

60) 행정조사기본법 제4조 제1항.

61) 행정조사기본법 제7조

62) 행정조사기본법 제7조에서 정한 예외요건 1. 법률에서 수시조사를 규정하고 있는 경우, 2. 법령 등의 위반에 대하여 혐의가 있는 경우, 3. 다른 행정기관으로부터 법령 등의 위반에 관한 혐의를 통보 또는 이첩받은 경우, 4. 법

한편 ‘영치’의 방법에 의한 행정조사는 형사절차에서의 압수·수색의 성격을 가지고 있으므로, 그와 같은 방법에 의한 행정조사에는 특별한 통제가 필요하다. 법령에 규정이 없는 한 조사기관에 피조사자의 장부나 서류를 영치할 권한은 없다고 보아야 하고, 피조사자의 장부, 서류 등을 행정기관으로 가지고 가서 조사하는 경우에는 피조사자의 자발적인 동의를 얻는 것이 필요하며, 이 경우에도 최소한에 그쳐야 한다. 행정조사기본법 또한 행정조사 과정에서 자료·서류·물건 등을 영치하는 경우 조사대상자를 입회시키고, 영치를 완료한 때에는 영치조서를 작성하도록 하는 등의 절차적 보장책을 마련하고 있다.⁶³⁾

IV. 제재 수단에 따른 한계

행정조사는 임의조사를 원칙으로 하고 있는바, 조사대상자가 그 조사에 협력할 경우 위반행위에 대한 제재의 문제는 존재하지 않는다. 그런데 국민이 행정조사를 거부하고 저항할 경우 행정청이 실력을 행사하여 막바로 행정조사를 할 수 있거나 그리고 조사를 거부할 경우 제재로 행정벌이나 형사처벌이 예정되어 있는 경우가 있다.

행정조사의 거부에 대한 제재의 강도가 높으면 높을수록, 그러한 행정조사의 한계는 더욱 엄격히 판단되어야 한다. 특히, 조사대상자가 조사를 거부할 경우에 대한 제재로 형사처벌이 예정되어 있는 경우, 그와 같은 행정조사에 대한 한계는 매우 엄격하게 판단하여야 한다. 예컨대 독점규제 및 공정거래에 관한 법률⁶⁴⁾에 의한 현장조사의 경우, 그와 같은 현장조사의 거부에 대하여 그것이 ‘고의적인 현장진입 저지, 지연’에 해당할 경우에는 징역형의 형사처벌을 부과하고 있다.⁶⁵⁾ 이러한 경우, 조사대상자는 위와 같은 형사처벌을 회피

령 등의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우 등

63) 행정조사기본법 제13조

64) 이하 ‘공정거래법’이라 한다.

하기 위하여 행정조사에 대한 거부의 의사를 표시하기 어렵게 되고, 임의의 동의를 하기 사실상 어렵게 된다. 이러한 경우의 현장조사는 행정조사임에도 불구하고 사실상 형사소송법상 강제조사로서의 수색과 같은 성격을 가지게 되는바, 형사소송법에서 마련한 절차인 영장주의 및 변호사로부터 조력을 받을 권리가 보장되어야 하고, 나아가 그러한 현장조사의 대상, 장소와 목적이 특정되어 조사대상자에게 고지되어야 한다.

제2절 행정조사와 수사절차의 구별과 행정조사의 한계

형사사건에 있어서의 수사는 사안의 진상을 해명하고 국가 형벌권의 적정한 행사를 위하여 주로 범죄사실 및 범인의 특징에 주안점을 두고 수사권을 발동하여 조사를 하거나 피의자 또는 제3자를 소환하여 신문하는 것을 기본으로 한다. 형사수사절차의 주체는 수사기관이고, 행정조사의 주체는 수사기관이라는 점에서 그 차이를 가진다.

행정조사의 운용에 있어, 행정조사 자체의 목적이 ‘법 위반인지 여부’를 조사하기 위함이고, 법 위반의 효과로서 ‘형벌’을 규정하고 있는 경우가 존재한다. 즉 행정법으로 분류되는 많은 법률들에는 나쁜 행위의 제재 규정이 있는데, 그러한 제재에 이르기 위해서는 ‘법 위반인지 여부’를 조사하는 절차가 있어야 하는 것이다. 그런데 그 법 위반의 효과로서 ‘형벌’이 규정되어 있다면, 이는 ‘조사’가 아니라, 형사소송법의 적용을 받는 ‘수사’절차와 상당부분 중첩된다.⁶⁵⁾ 또한, 행정조사의 주체와 관련하여 앞서 본 바와 같이 ‘행정기관이면서 동시에 사법경찰관리의 역할을 가지는 공무원’, 즉 특별사법경찰관리의

65) 공정거래법 제66조 제1항 제11호.

66) 이근우, 앞의 논문, 81면.

경우 사실상 수사기관과 유사한 권한을 가지고 법 위반 사실을 조사하게 된다. 이러한 점에서, 행정조사는 수사절차와 교차점을 가지게 된다.

그런데 행정조사의 한계에 관하여 주로 논하여지는 쟁점(영장주의, 진술거부권, 위법수집증거배제법칙 등의 적용여부 및 위법한 행정조사에 근거한 행정처분의 효력)들은, 행정조사와 범죄수사의 구별 문제와 무관하지 않다. 즉 행정조사가 범죄수사에 더 가까울수록 주로 범죄수사에 관하여 적용되는 원칙인 영장주의, 진술거부권, 위법수집증거배제법칙이 적용될 여지가 높아지고, 나아가 절차 위반에 따른 하자의 중대성도 더 높아지게 된다. 따라서 행정조사가 어떠한 경우 형법상의 수사과 더 밀접한 성격을 가지고 형사상 사인의 권리구제를 위하여 적용되는 원칙들이 적용되는지 여부는 곧 앞서 살핀 행정조사의 다양한 요소들을 가늠하여 그에 걸맞은 원칙을 적용하는 것과 맞물린다.

제3장 행정조사와 영장주의의 원칙

제1절 문제의 제기

헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수·수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고 있다. 또한 제16조는 “모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이같이, 헌법은 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고서는 압수·수색 등 수사에 필요한 강제처분을 할 수 없다고 규정하고 있는바, 이는 수사기관에 대한 사법적 통제를 통하여 국민의 기본권을 보장하기 위한 헌법적 원칙을 천명한 것이다.

앞서 본 바와 같이 행정조사에 있어 헌법상의 적법절차원칙이 적용되므로, 적법절차원칙의 내용으로서 영장주의 원칙 또한 행정조사의 영역에 적용될 수 있다. 다만 구체적으로 어떠한 행정조사에 영장주의의 원칙이 적용되는지 여부는 행정조사의 구체적인 성격과 내용에 따라 차별적으로 고찰되어야 한다. 즉 행정조사 중 임의조사가 아닌 강제조사나, 신체나 거주·자유, 재산권 등 국민의 기본권과 중대한 관련을 가지는 행정조사가 존재하고, 특히 그것이 법위반 사실에 대한 조사여서 형벌을 예정할 경우, 영장주의의 원칙이 요청될 필요성이 있다.

현재 행정조사에 관한 개별법에서 영장주의를 명문화하고 있는 예는 다음과 같다.

1) 관세법 제296조⁶⁷⁾

67) 관세법 제296조(수색·압수영장)

- ① 이 법에 따라 수색·압수를 할 때에는 관할 지방법원 판사의 영장을 받아야 한다. 다만, 긴급한 경우에는 사후에 영장을 발급받아야 한다.
- ② 소유자·점유자 또는 보관자가 임의로 제출한 물품이나 남겨 둔 물품은

2) 조세범처벌절차법 제9조⁶⁸⁾

3) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제427조⁶⁹⁾

영장 없이 압수할 수 있다.

68) 조세범처벌절차법 제9조(압수·수색영장)

① 세무공무원이 제8조에 따라 압수 또는 수색을 할 때에는 근무지 관할 검사에게 신청하여 검사의 청구를 받은 관할 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장이 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 조세범칙행위 혐의자 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 자에게 그 사유를 알리고 영장 없이 압수 또는 수색할 수 있다.

1. 조세범칙행위가 진행 중인 경우

2. 조세범칙행위 혐의자가 도주하거나 증거를 인멸할 우려가 있어 압수·수색영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 경우

② 제1항 단서에 따라 영장 없이 압수 또는 수색한 경우에는 압수 또는 수색한 때부터 48시간 이내에 관할 지방법원판사에게 압수·수색영장을 청구하여야 한다.

③ 세무공무원은 압수·수색영장을 발부받지 못한 경우에는 즉시 압수한 물건을 압수당한 자에게 반환하여야 한다.

④ 세무공무원은 압수한 물건의 운반 또는 보관이 곤란한 경우에는 압수한 물건을 소유자, 소지자 또는 관공서(이하 "소유자등"이라 한다)로 하여금 보관하게 할 수 있다. 이 경우 소유자등으로부터 보관증을 받고 봉인(봉인)이나 그 밖의 방법으로 압수한 물건임을 명백히 하여야 한다.

69) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제427조(불공정거래 조사를 위한 압수·수색)

① 증권선물위원회는 제172조부터 제174조까지, 제176조, 제178조, 제178조의2, 제180조부터 제180조의3까지의 규정을 위반한 행위(이하 이 조에서 "위반행위"라 한다)를 조사하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 금융위원회 소속공무원 중 대통령령으로 정하는 자(이하 이 조에서 "조사공무원"이라 한다)에게 위반행위의 혐의가 있는 자를 심문하거나 물건을 압수 또는 사업장 등을 수색하게 할 수 있다.

② 조사공무원이 위반행위를 조사하기 위하여 압수 또는 수색을 하는 경우에는 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 압수·수색영장이 있어야 한다.

③ 조사공무원이 제1항에 따라 심문·압수·수색을 하는 경우에는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계자에게 내보여야 한다.

④ 형사소송법 중 압수·수색과 압수·수색영장의 집행 및 압수물 환부(환부) 등에 관한 규정은 이 법에 규정된 압수·수색과 압수·수색영장에 관하여 준용한다.

위와 같이 개별 법률에 명문을 두고 있는 경우, 행정조사에 있어서의 영장주의는 그 법률의 규정에 따라 준수되면 족하다.

그런데 행정조사 개별 법률에서 영장주의 원칙이 규정되지 아니한 경우 영장주의가 적용되는지에 관한 논의의 필요성이 존재한다. 이는 결국 행정조사 전반에 대한 영장주의 원칙의 적용 여부를 포괄적으로 논의할 것이 아니라, 형사절차로 이행되는 행정조사로서 영장이 필요한 행정조사의 범주가 어디까지인지에 관한 경계 확정의 문제가 된다.

제2절 미국법상 행정조사와 영장주의

I. 영장주의의 적용여부에 관한 판례의 분석⁷⁰⁾

1. Frank 판결⁷¹⁾

위 판결은 미 연방대법원의 초반 판결로서, 출입검사에 있어 영장주의가 적용되지 아니한다는 판결이다. 볼티모어시의 보건위생국 조사관은 이웃에 쥐들이 서식하고 있다는 주민의 신고를 받고 출동하여, Frank의 주택 뒷마당 쓰레기더미에서 쥐의 배설물을 발견하였다. 조사관은 Frank의 주택에 쥐가 서식하고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 주장하며 Frank의 주택에 출입하여 지하실을 조사하려 하였고, Frank가 이를 거부하여 과태료가 부과되었다. Baltimore의

70) 이하의 논의는 각 판례의 원문과 Robert Kagan and Rachel VanSickle-Ward, “Marshall v. Barlow’s Inc.: Legitimizing Regulatory Enforcement”, In: Peter L. Strauss ed, 「Administrative Law Stories」, West group, 2006, 569-578면; Peter L. Strauss, Todd D. Rakoff, Cynthia R. Farina, Gillian E. Metzger, 「Administrative law」, Foundation press, 2011, 80-108면을 참조하였다.

71) Frank v. Maryland, 359 U.S. 360(1959).

주법에 의하면, 조사관은 만일 위해행위가 있다고 의심이 될 경우 주간에 주거에 출입할 것을 요구할 수 있다고 규정되어 있었다. Frank는 이에 불복하면서, Baltimore의 주법이 비합리적인 압수 수색을 금지하고 영장을 요구하는 미국 수정헌법 제4조에 정면으로 반한다고 주장하였다. 개인의 주거지에 출입하기 위해서는 판사가 발부한 수색 영장이 필요하다는 것이다. 이에 대하여 연방대법원은, 공공의 건강 위협을 탐지하고 금지할 공적 목적이 거주지의 안녕이라는 개인적 법익보다 크다는 이유로 영장이 불요하다고 판시하였다.

2. Camara 판결⁷²⁾

위 사례에서는 Frank 판결의 판시내용을 완전히 파기하였다. 지하실을 주거목적으로 사용하는 것을 조사 및 제한하기 위하여 주택 조사관이 영장 없이 아파트에 출입하고자 하였고, 아파트 거주민이 이를 거부한 사안에서 연방대법원은 행정기관이 유효한 영장에 따라 권한을 부여받지 아니하는 이상 동의없이 개인의 재산을 조사하는 것은 허용되지 않는다고 판시하면서, 수정헌법 제4조가 형법적 사안뿐만 아니라 위와 같은 행정조사의 사안에도 적용됨을 명백히 하였다.

그러나 이 판결은 규제 프로그램의 특수성을 고려하여, 수정헌법 제4조에서 요구하는 ‘법령에 위배되는 사항을 포함하고 있다고 믿을 만한 상당한 이유’ 기준을 완화하였다. 즉 ‘법 위반’이 있다고 믿게 하는 상당한 이유까지는 요하지 아니하나, 적어도 ‘영장을 발행하기 위한 상당한 이유’는 존재하여야 한다는 것이다.

⁷²⁾ Camera v. Municipal Court of the City and County of San Francisco, 387 U.S. 523(1967).

3. See 판결⁷³⁾

이 판결은 영업소에 대한 행정조사에 수정헌법 제4조가 적용된다고 하면서도, 영장주의 원칙에 있어서의 예외로서 ‘면밀히 규제되어야 하는 사업’⁷⁴⁾에 관한 법리를 실시하였다는 점에서 주목할 만하다. 이 사례에서, Seattle의 소방공무원은 방화 관련 법령의 준수 여부를 조사하기 위하여 도시 전체적으로 행하여진 조사 프로그램의 일환으로 See가 운영하는 사업장의 시정된 창고에 출입하려 하였으나 See는 이를 거부하였다. 연방대법원은, 영업장의 경영인은 사적인 재산권을 기반으로 행정조사에 대한 영장을 요구할 수 있고, 따라서 소방공무원이 See의 창고에 들어가기 위해서는 영장이 필요하다고 판시함으로써 원칙적으로 기업에 대한 행정 조사에도 영장이 필요하다는 입장을 취하였다. 그러나 연방대법원은 또한, 사기업은 사적 거주지에 대한 보호보다는 더 적은 정도의 사생활의 보호를 받고, ‘면밀하게 규제되는 사업’에 있어, 영장없는 수색은 수정헌법 제4조 위반이 아니라고 판시하였다.

4. Colonnade 판결⁷⁵⁾ 및 Biswell 판결⁷⁶⁾

위 각 판결에서는 영업소에 대한 출입검사의 경우 영장주의 원칙의 예외가 인정될 수 있다는 점을 실시하였는데, 이는 See 판결에서 실시한 ‘면밀하게 규제되는 사업’의 범위를 구체화하면서 영장주의 원칙 완화의 구체적인 기준을 세운 사례라고 할 수 있다.

먼저 Colonnade 판결에서는 알콜음료산업이 오랫동안 정부의 긴밀한 감독과 검사를 받아왔으므로 그 사업장에 대한 출입검사 전에

⁷³⁾ See v. City of Seattle, 387 U.S. 541(1967).

⁷⁴⁾ “closely regulated industries”.

⁷⁵⁾ Colonnade Catering Corp. v. United States, 397 U.S. 72(1970).

⁷⁶⁾ United States v. Biswell, 406 U.S. 311 (1972).

영장을 발부받을 필요는 없다고 하였고, Biswell 판결에서는 허가를 취득한 총포거래자에 대한 영장없는 조사를 인정한 연방법령이 수정헌법 제4조를 위반하지 아니하였다고 하면서, 총기거래사업은 정부의 감독과 면밀한 조사가 무엇보다 중요하다는 견해를 피력하였다. 특히 위 각 사건에서는, 면밀하게 규제되는 사업의 업주는 그 사업에 자발적으로 참여하였으므로 사생활의 자유에 대한 제한적인 기대를 가진다고 판시하였다.

그러나 면밀히 규제되는 산업이라 하더라도 입법에 의하여 영장주의의 예외가 인정되지 않는 경우에는 영장주의의 원칙이 배제될 수 없다.⁷⁷⁾

5. Barlow 판결⁷⁸⁾

위 판결은 앞서 영장주의를 계속적으로 확대하여 온 연방대법원 판결의 흐름에 제동을 걸었다. 1970년에 제정된 직업안전 및 보건 법률(Occupational Safety and Health Act)에 따라 설립된 미국 노동국 산하 직업위생관리국(Occupational Safety and Health Administration, OSHA) 조사관은 위 법률에 따라 위생 및 안전에 관한 기준을 준수하였는지를 조사하기 위하여 Barlow의 공장에 출입하여 작업장을 조사하고자 하였다. 이에 대하여, 연방대법원은 OSHA의 조사대상 사업은 면밀하게 규제되는 사업이 아니므로 영장 없는 조사를 규정하는 법률은 위헌이라고 판시하면서, 영장 없는 조사는 일반적으로 불합리하다는 기본 원칙을 재확인하였다. 다만, 이 경우에도 그 영장 발행에 있어 수사절차에서의 범위반 행위가 있다고 의심할 만한 ‘상당한 이유’까지 필요하지는 않다고 판시하였다.

⁷⁷⁾ Note, “Rethinking closely regulated industries”, Harvard L. Rev. 129, 2016, 801면.

⁷⁸⁾ Marshall v. Barlow's Inc., 436 U.S. 307(1978).

6. Donovan 판결⁷⁹⁾

위 판결에서, 연방대법원은 ‘면밀하게 규제되는 사업’에 관한 구체적인 기준을 제시하였다.⁸⁰⁾ 위 사건에서, 연방광산안전건강법(FMSHA)에 의하면 노동부장관에게는 국가소유의 광산에 대하여 영장없는 조사를 할 수 있는 권한이 부여되어 있었다. 이에 관하여 연방대법원은, ① 영장없는 검사가 규제를 위해 필요하다고 의회가 합리적으로 판단한 경우, ② 영업소의 소유자가 정기검사에 따라야 한다는 것을 충분히 인식할 수 있을 만큼 연방규제가 광범위하고 명확한 경우에는 영장주의가 적용되지 않는다고 판시하였다.

II. 예외의 정리

이상과 같은 미국에서의 영장주의 예외를 정리하여 볼 때, 미국은 개인의 주택뿐만 아니라 영업소에 대한 출입검사에 있어서도 원칙적으로 영장주의의 적용을 긍정하나, 그에 대한 예외 인정의 법리를 발전시켜 온 사실을 알 수 있다.

특히 개인의 주택에 대한 출입검사의 경우, 형사적 제재가 수반되는 경우와 수반되지 않는 경우를 구별하여, 전자의 경우에는 영장을 요구하고 있다. 또한 영업소에 대한 출입검사는 개인의 주택에 대한 출입검사의 경우보다 더욱 폭넓게 예외를 인정하면서, 이를 통해 달성하려는 공익과 침해되는 개인의 사익을 비교 형량하는 태도를 취하고 있다.

⁷⁹⁾ Donovan v. Dewey, 452 U.S. 594(1981).

⁸⁰⁾ Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, Peter M. Shane, M. Elizabeth Magill, Mariano- Florentino Cuéllar, Nicholas R. Parrillo, 「Administrative Law, the American public law system: cases and materials」, West Academic Publishing, 2014, 858면 참조.

제3절 학설의 검토

행정조사의 방법으로서 개인의 영업장이나 주거지에 출입하거나 개인의 사유물을 압수·수색할 경우, 이를 위한 영장이 필요한지 여부에 관하여 학계의 논란이 있다. 먼저 개별 행정법규에서 영장주의를 규정하고 있는 경우, 예컨대 세관절차에서의 행정조사⁸¹⁾나 조세범처벌절차법에 근거한 조세범칙행위자에 대한 압수수색절차⁸²⁾에 있어서 영장이 필요하다는 데에는 이견이 없다. 그러나 개별 행정법규에 영장주의가 규정되어 있지 않거나, 특별사법경찰관리가 아니어서 영장신청권이 없는 일반 공무원이 행정조사를 실시하게 되는 경우가 대부분인바, 이 경우 헌법상 적법절차원칙에 근거한 영장주의가 적용되는지 여부에 관하여 다양한 견해가 존재한다.

먼저 행정조사는 행정상의 즉시강제나 직접적인 강제력을 갖는 수색·압수와는 달리 간접적 강제력을 갖는 것에 불과하기 때문에 영장주의가 적용되지 않는다고 보는 견해가 있다.⁸³⁾ 한편 행정조사에 대하여도 원칙적으로 영장주의가 적용되어야 한다는 견해들은, 헌법 제16조에서 영장주의를 규정하고 있으므로 이를 행정조사의 영역에

81) 관세법 제29조 ① 이 법에 따라 수색·압수를 할 때에는 관할 지방법원 판사의 영장을 받아야 한다. 다만, 긴급한 경우에는 사후에 영장을 발급받아야 한다.

82) 조세범처벌절차법 제9조 ① 세무공무원이 제8조에 따라 압수 또는 수색을 할 때에는 근무지 관할 검사에게 신청하여 검사의 청구를 받은 관할 지방법원 판사가 발부한 압수·수색영장이 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 조세범칙행위 혐의자 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 자에게 그 사유를 알리고 영장없이 압수 또는 수색할 수 있다.

1. 조세범칙행위가 진행중인 경우
2. 조세범칙행위 혐의자가 도주하거나 증거를 인멸할 우려가 있어 압수·수색영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 경우.

83) 박정훈, 앞의 책, 410면.

서도 관철하여야 한다는 점을 그 주된 근거로 한다. 그러나 이러한 견해들 또한 일률적으로 영장이 필요하다는 것은 아니고 행정조사의 특성을 고려하여 특정 경우 그 예외가 인정되어야 한다고 주장하는바, 예컨대 행정조사의 목적을 달성하기 위하여 불가피하거나 합리적인 사유가 있는 경우 예외를 인정하자는 견해가 그것이다.⁸⁴⁾

다음으로 행정조사가 형사소추로 이행되는 경우에 영장이 필요하다고 하는 견해들이 존재한다. 이와 같은 견해들도 세부적인 적용범위에 관하여는 견해가 다양하게 엇갈리는바, 긴급을 요하는 경우 영장주의의 예외가 인정되어야 한다는 견해,⁸⁵⁾ 영장을 통하여 적시에 적정한 조사를 할 수 없는 경우 예외가 인정되어야 한다는 견해⁸⁶⁾ 등이 존재한다.

한편 행정조사의 성격, 조사 필요성, 권익보호제도의 존재 여부 등을 고려하여 영장주의의 적용 여부가 개별적으로 결정되어야 한다는 견해도 있다.⁸⁷⁾

살피건대, 과연 어떠한 행정조사에 관하여 영장주의가 관철되어야 하느냐는 것은 결국 각 개별 행정조사의 특성에 맞게 판단되어야 할 것이다. 특히 개별 행정조사가 얼마나 그 주체, 대상, 방법에 있어 원칙적으로 영장주의가 적용되는 형사상 수사절차에 유사한 것인지에 관한 판단이 필요한바, 아래에서는 영장주의의 적용 여부와 관련하여 논란이 되었던 2013년, 2017년의 두 대법원 판례를 중심으로 행정조사에 있어서의 영장주의의 적용 기준을 구체적으로 모색해 보고자 한다.

84) 정형근, 「행정법」, 2015, 320면.

85) 류지태·박종수, 「행정법신론」, 2011, 414면.

86) 김동희, 앞의 책, 503면.

87) 박균성, 앞의 책, 380면.

제4절 관련 판례의 분석-세관절차에서의 영장주의를 중심으로

I. 관세법상 행정조사의 특수성 및 논의의 실익

관세법 제295조는 '세관공무원은 관세법에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」이 정하는 바에 의하여 사법경찰관리의 직무를 행한다.'고 규정한다. 위와 같은 사항은 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법에도 규정되어 있다.(동법 제5조 제19호) 즉, 관세법상 세관공무원은 특별사법경찰권을 부여받은 행정공무원에 해당한다.

또한 관세법 제265조는 “물품 또는 운송수단 등에 대한 검사 및 필요한 조치를 할 수 있다”고 규정하여 검색에 관한 일반조항을 두고 있고, 제246조 및 제257조는 각각 수출입 물품과 우편물에 대한 검색절차를 규정하고 있고, 구체적인 통관절차에 관하여는 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 등 개별 법령에 위임하고 있다. 이러한 통관절차에서 이루어지는 물품이나 우편물 등에 대한 개봉, 시료 채취, 성분 분석 등의 검사는, 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 행하는 행위이므로 ‘행정조사’에 속한다.

그런데 위와 같은 관세법상 행정조사에 있어서는, 특별사법경찰권을 부여받은 행정공무원에 의한 행정조사로서 그러한 행정조사가 과연 범죄수사로 이행되었는지에 관한 쟁점이 대두되고, 이는 과연 그와 같은 과정에서 범죄의 수사와 같은 ‘영장’의 필요성이 존재하는지에 관한 논의와 직결된다. 아래에서는 세관공무원이 통관절차에서 행한 행정조사에 영장이 필요한지에 관하여 기준을 제시한 두 개의 대법원 판례의 세부적인 차이를 고찰해 봄으로써, 행정조사에 한계설정에 관한 구체적인 기준 정립에 한층 다가가 본다.

II. 영장주의를 적용하지 아니한 2013년 판결⁸⁸⁾

1. 범죄사실

이 사건에서, 피고인은 “중국에 체류 중인 甲과 중국에서 대한민국으로 필로폰을 밀수입하기로 공모하였다. 甲은 중국에서 필로폰 약 4.9g을 의약캡슐에 나누어 담아 이를 일반의약품과 혼입하여 은닉한 다음 국제특급우편으로 대한민국으로 발송하였고, 위 우편물이 인천국제공항에 도착하였다. 이로써 피고인은 甲과 공모하여 필로폰을 중국에서 대한민국으로 밀수입하였다.”는 범죄사실로 기소되었다.

2. 제1심의 판단⁸⁹⁾

위 범죄사실에 대하여 제1심은 피고인을 징역 3년에 처하고 압수된 필로폰 4.9g을 몰수하는 내용의 유죄판결을 선고하면서, 필로폰 밀수에 관여한 적이 없고, 이 사건 우편물이 발송된 사실은 발송 후에 알게 되었으며, 그 속에 필로폰이 들어있다는 사실을 체포된 후에야 비로소 알게 되었다는 피고인의 주장을 배척하였다.

3. 피고인의 주장

피고인은 위 1심 판결에 항소하면서 수사기관의 수사가 영장주의에 위반하여 위법하다고 주장하였는데, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

1) 수사기관은 국제특급우편물을 개봉하거나 성분분석을 함에 있어 사전 압수영장을 받지 않았고, 성분분석 후에도 사후 압수영장을 받지 않았으므로, 수사기관의 이 사건 우편물에 관한 샘플채취와 성

⁸⁸⁾ 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718 판결 참조.

⁸⁹⁾ 인천지방법원 2013. 1. 4. 선고 2012고합1089 판결 참조.

분분석, 필로폰 전체에 대한 압수 등의 수사는 영장주의에 위반한 위법한 수사이다.

2) 수사기관은 피고인을 체포한 후 피고인으로부터 이 사건 우편물을 임의제출받았으나, 이로써 위법수사의 하자가 치유될 수 없다.

3) 이 사건 우편물 및 그에 관한 압수조서는 영장주의에 위반하여 수집된 증거로서 증거능력이 없고, 위 증거로부터 파생된 증거인 수사착수보고, 메트암페타민 적발보고 및 적발사진, 성분분석의뢰 및 분석결과 회보, 성분분석결과를 인용·전제한 수사보고, 피의자신문조서 등도 증거능력이 없다.

4. 관련 사실관계

피고인의 영장주의 위반 주장과 관련한 사실관계는 다음과 같다.

1) 인천공항 국제우편세관 우편검사와 직원들은 인천공항에 도착한 국제특급우편물에 대한 엑스선 검사를 하다가 이상 음영이 있는 이 사건 우편물을 발견하였고, 우편물 개장검사를 하였다.

2) 당초 이 사건 우편물은 일반의약품으로 신고되었으나, 개장검사하여 인천공항세관 성분분석실에서 성분분석을 메트암페타민으로 확인되었다.

3) 인천공항세관 마약조사와 마약조사관은 성분분석실의 성분분석결과를 받은 후 바로 적발보고서를 작성하여 인천지방검찰청 검사에게 보고한 다음 수사기관과 합동으로 이 사건 우편물을 통제배달 방식으로 배달하여 마약밀수범을 검거하기로 하였다.

4) 인천공항세관 직원들은 인천지방검찰청 수사관과 함께 이 사건 우편물의 통제배달에 참여하였고, 집배원을 통하여 우편물에 기재된 수취인에게 이 사건 우편물을 배달하는 형식으로 이 사건 우편물을 수취한 피고인을 현장에서 현행범으로 체포하였다.

5) 피고인은 2012. 9. 11. 인천지방검찰청 검사실에서 이 사건 우

편물 전체를 수사기관에 임의로 제출하였고, 검사는 이 사건 우편물을 영장 없이 압수하였다.

5. 2013년 판결의 판시내용

이에 대하여 2013년 판결은, 관세법의 각 규정⁹⁰⁾, 관세법규정에 따라 국제우편물의 신고와 통관에 관하여 필요한 사항을 정한 ‘국제우편물 수입통관 사무처리’에 관한 관세청고시⁹¹⁾ 및 수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙⁹²⁾ 및 관세법이 관세의 부과·징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)을 종합하면 세관공무원이 우편물 통관검사절차에서 실시한 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 ‘행정조사’의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다고 판시하였다.

90) 관세법 제246조 제1항 세관공무원은 수출·수입 또는 반송하려는 물품에 대하여 검사를 할 수 있다.

관세법 제246조 제2항 관세청장은 검사의 효율을 거두기 위하여 검사대상, 검사범위, 검사방법 등에 관하여 필요한 기준을 정할 수 있다고 규정하고 있으며, 관세법 제257조는 통관우체국의 장이 수출·수입 또는 반송하려는 우편물(서신은 제외한다)을 접수하였을 때에는 세관장에게 우편물목록을 제출하고 해당 우편물에 대한 검사를 받아야 한다.

91) 위 고시에서는 국제우편물에 대한 X-ray검사 및 현품검사 등의 심사 절차와 아울러 그 검사 결과 사회안전, 국민보건 등과 관련하여 통관관리가 필요한 물품에 대한 관리 절차 등에 관하여 정하는 한편(제1-3조, 제3-6조), 위 고시 외에 다른 특별한 규정이 있는 경우에는 해당 규정을 적용하도록 하고 있다(제1-2조 제2항).

92) 수출입물품의 품명·규격·성분·용도 등의 정확성 여부를 확인하기 위해서 물리적·화학적 실험 및 기타 감정분석 등이 필요하다고 인정되는 경우의 세관 분석실 등에 대한 분석의뢰 절차, 분석기준 및 시험방법 등에 관하여 규정

III. 영장주의를 적용한 2017년 판결⁹³⁾

1. 관련 사실관계

1) 검사는 피고인이 멕시코에서 미국을 경유하는 항공특송화물 편으로 필로폰을 수입하려고 한다는 정보를 입수하고, 미국 수사당국과 인천공항세관의 협조를 받아 위 특송화물을 감시 하에 국내로 반입하여 배달하고, 피고인이 이를 수령하면 범인으로 검거하려고 하였다.

2) 인천공항세관 마약조사와 소속 세관공무원은 인천공항에 도달한 특송화물을 통상적인 통관절차를 거치지 않은 채 자신의 사무실로 가져왔다.

3) 검찰수사관은 위 특송화물 속에서 필로폰이 발견되자 세관공무원으로부터 필로폰이 든 특송화물을 임의로 제출받는 형식으로 영장 없이 압수한 다음 대체 화물로 통제배달을 하였다.

4) 검찰수사관은, 위 화물이 운송장에 기재된 주소지에서 수취인 불명으로 배달되지 않자, 운송업자들의 협조를 받아 화물을 보관하는 곳에서 수령자를 기다렸는데 수령자가 나타나지 않아서 배달에 실패하였다.

2. 검사의 주장

비록 사전 첩보가 있었다고 하더라도 특송화물에 대한 수사를 진행할 것인지 여부는 당해 화물을 검사하여 내용물이 무엇인지 확인한 다음에 결정되는 것이고 첩보만으로 화물 자체를 압수할 수는 없으므로, 특송화물을 개봉하고 필로폰을 찾아내어 검찰수사관에게 제출한 세관공무원의 조치는 수사가 아닌 행정조사로 보아야 하며, 그 경우 세관공무원은 당해 화물에 대한 보관자의 지위를 취득한다.

⁹³⁾ 대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8718 판결 참조.

그러므로 이 부분 필로폰 수입 범행에 관한 압수물 등의 증거능력이 부정된다고 한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

3. 2017년 판결의 판시내용

이에 대하여 2017년 판결은 먼저 ‘수출입물품 통관검사절차에서 이루어지는 물품의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 것으로서 이를 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 세관공무원은 압수·수색영장 없이 이러한 검사를 진행할 수 있다.’는 내용으로 판시하여 2013년 판결과 상당 부분 유사한 법리를 전개하였다. 그러나 2017년 판결은 세관공무원이 수출입물품을 검사하는 과정에서 마약류가 감추어져 있다고 밝혀지거나 그러한 의심이 드는 경우 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따라 검사는 수사를 위하여 이를 외국으로 반출하거나 대한민국으로 반입할 필요가 있다는 요청을 세관장에게 할 수 있고, 이러한 조치가 수사기관에 의한 압수·수색에 해당하는 경우에는 영장주의 원칙이 적용된다고 판시하였다.

따라서 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 경우와는 달리, 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다는 것이다.

IV. 각 판결의 검토

수출입물품 통관검사절차에서 이루어지는 물품의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사의 실행은 관세법에 의하면 영장을 필요로 하지 않는다. 그러나 관세법 제296조 제1항은 “이 법에 따라 수색·압수를 할 때에는 관할 지방법원 판사의 영장을 받아야 한다. 다만, 긴급한

경우에는 사후에 영장을 발급받아야 한다.”고 규정하므로, 위 법의 ‘수색·압수’에 해당할 경우 세관당국은 사전·사후영장을 발부받아 압수물을 압수하여야 한다.

2013년 판결은 압수물의 임의제출자가 통제배달에 의하여 체포된 마약밀수범이므로, 압수물을 세관공무원이 획득하여 수사기관에 제출한 2017년 판결과 그 사실관계가 근본적으로 다르고, 그에 따라 결과적으로는 상반된 결론에 이르게 된 것으로 보인다. 그러나 위 각 판결은 행정조사의 개념정립 및 한계설정에 대한 논증 과정에 있어 다소 차이가 있다.

2013년 판결의 항소심 및 대법원은 이 사건에서 세관청이 수행한 국제우편물의 개봉, 시료채취 및 이를 토대로 한 통제배달의 일련의 절차가 “수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사”이고, 이는 관세법 제246조, 제257조가 규정한 ‘검사’에 해당할 뿐이므로, 세관이 판사가 발부한 압수·수색영장 없이 일련의 조치를 수행한 것은 영장주의 위반이 아니라고 판시하였다. 2013년 판결은 자칫 어떠한 행정청의 조치가 행정적인 목적의 행정조사의 성격을 가질 경우 막바로 수사기관의 강제처분성이 부정되므로 영장주의의 적용이 없다는 내용의 논지로 확장되거나 오인될 우려가 있다. 영장주의는 적법절차에의 요청이 있는 한 행정작용에도 당연히 적용되는 것이고, 헌법재판소 또한 “적법절차의 원칙은 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용되는 것이다”라고 판시한 바 있다.⁹⁴⁾ 행정조사가 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위한 것으로서 그 목적에 있어 범죄수사와 구별되는 것이나, 한편 행정기관이 자료를 수집함에 있어 조사대상자의 동의를 획득하지 못하거나 그 구체적인 개인의 기본권을 침해할 우려가 있다면, 그 실질에 있어 영장주의 또는 진술거부권 등의 적법절차원칙이

94) 헌법재판소 2001. 11. 29. 2001헌바41 결정 참조.

요청될 수 있다. 2013년 판결에서 세관공무원들이 행한 우편물 등의 개봉, 시료채취, 성분분석 등은 세관이 물품 등에 대한 수출, 수입, 반송 등 직무를 수행하기 위하여 시행된 것이고, 그러한 이유에서 2013 판결의 항소심 및 대법원은 위 과정을 모두 ‘행정조사’로 보았지만, 또한 그러한 과정 가운데 얻은 자료가 형사재판에서 유죄를 입증하는 증거로 활용되는 등 수사기관의 수사절차와 밀접한 관련이 있는 자료로써 기능하게 되었다는 점에서 헌법상 영장주의의 적용 여부를 별도로 고찰할 필요성이 존재하는 것이다.

이러한 점에서 2017년 판결은 위 판결의 논의를 더 섬세하게 발전시켰다고 보인다. 위 판결은, 수출입물품 통관검사절차에서 이루어지는 물품의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 것으로서 이를 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없고, 세관공무원은 압수·수색영장 없이 이러한 검사를 진행할 수 있지만(위 판결은, 세관공무원의 검사가 ‘행정조사이므로’ 수사기관의 강제처분에 해당하지 않는다는 2013년 판결의 표현을 그대로 인용하지 않았다), 그러한 조치를 수사기관에 의한 압수·수색으로 볼 경우에는 영장주의 원칙이 적용된다고 판시하였다.

어떠한 경우를 수사기관에 의한 압수·수색으로 볼 것인지에 관하여, 2017년 판결은 특별사법경찰관리인 세관공무원의 행정조사라 하더라도 ‘수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 조사’는 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로 압수·수색영장 없이 검사를 진행할 수 있으나, ‘마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위’는 수사기관에 의한 압수·수색으로 보아 영장주의 원칙이 필요하다고 판시하였는바, 조사의 목적(마약류범죄의 수사를 위한 조사) 및 조사의 방식(단순한 검사에서 나아가 그 내용물의 점유를 취득함)을 종합하여 이를 영장이

요구되는 범죄수사로 판단한 것으로 보인다.

살피건대, 앞서 본 미국의 판결들은 개인의 재산에 대한 출입검사에 있어서의 영장주의 적용 여부에 관하여 그와 같은 행정조사가 달성하려는 공익과 침해되는 개인의 사익을 비교형량하고 있다. 우리나라도 어떠한 경우 영장이 요구되는지에 대한 논증에 있어 ‘행정적인 목적에 의한 행정조사’의 경우 범죄수사가 아니라는 판단에서 나아가 그와 같은 행정조사가 달성하려는 공익과 침해되는 개인의 사익을 면밀히 비교 형량하고, 행정조사와 범죄수사와의 구별기준에 관한 다른 요소도 함께 고찰하여 영장주의의 적용 여부를 더욱 구체적이고 면밀하게 살필 필요가 있다.

특히 미국의 연방대법원은 개인보다 영업소, 그리고 영업소 중에서도 정부에 의하여 ‘면밀하게 규제되는’ 사업에 관하여는 영장주의가 적용되지 아니한다고 판시하여 오고 있다. 위와 같은 미국의 판단기준에 따를 때, 마약류 불법거래의 방지를 위한 통관절차에서의 조사는 ‘면밀하게 규제되는 사업’에 대한 조사로 평가받을 수도 있을 것이다. 우리도 행정조사에 대한 한계를 노정함에 있어, 먼저 ‘그러한 행정조사의 대상이 되는 산업이 정부에 의하여 규제될 필요성’을 구체적으로 고찰하여 보아야 할 것이고, 이러한 판단은 비례의 원칙에 있어서 달성되어야 할 ‘공익’으로서 이익형량의 요소로 고려될 것이다.

제4장 행정조사와 진술거부권

제1절 문제의 제기

모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다 (헌법 제12조 제2항 후단). 위 헌법조항에 따르면, 피고인 또는 피의자는 당연히 공판절차 또는 수사절차에서 법원 또는 수사기관의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리를 가진다. 그런데 헌법재판소의 결정에 의하면, 진술거부권의 대상이 되는 진술은 형사책임과 관련된 것이라면 범죄사실 자체뿐만 아니라 간접사실이나 범죄사실의 발견에 단서를 제공하는 사항에 관한 진술도 그 대상이 되고, 형사절차에서 행하여진 진술뿐만 아니라 행정절차나 국회에서의 조사절차 등에서 행하여진 진술도 포함된다.⁹⁵⁾

특히 행정조사의 수단에 있어, 개별법에서 자료제출명령, 사업장 출입조사 등을 하는 경우가 존재한다. 그런데 행정기관의 자료제출명령을 거부하거나 조사를 거부할 경우 이를 방해행위로 규정하여 일정한 벌칙을 규정하거나, 신고, 보고, 등록의무를 규정함으로써 진술을 강제하는 경우가 존재한다. 특히나 그와 같은 진술의무가 형사적인 책임의 증거를 획득하기 위하여 부과될 경우, 조사대상자가 실제적인 진실에 부합하는 자료를 제출하면 자신의 형사법적 위반사실을 인정하는 것이 되고, 자료제출을 거부하면 벌칙규정에 의하여 처벌받으므로, 이러한 규정들이 헌법상 진술거부권을 침해하는 것이 아닌지 문제된다.

⁹⁵⁾ 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정.

제2절 미국법상 행정조사와 진술거부권

I. 근거규정

미국 수정헌법 제5조(The privilege against self-incrimination)는 “누구든지 어떤 형사사건에서도 자신에게 불리한 증언을 하도록 강요되지 아니한다.”고 규정한다. 보고서 요구에 있어 행정청에 의하여 요구된 보고서가 향후 조사대상자의 처벌의 증거로 사용될 수 있는 가능성이 존재하기에, 수정헌법 제5조의 저촉 여부에 관하여 그 판례가 발전되어 왔다.⁹⁶⁾ 연방대법원은 이 부분에 관하여 원칙적으로 자기부죄금지 원칙을 인정하고 있으나, 한편 그 예외를 널리 인정하여 왔다.

II. 미국 행정절차에서의 특수한 문제

미국은 피조사자의 문서나 기록을 제출케 하거나, 필요한 정보를 보고하게 하는 특유한 행정조사의 수단으로 증인이나 서류에 대한 소환장 발부권 및 기록이나 보고서 요구권이라는 제도가 존재한다.

먼저 소환장 발부권 행정기관이 소환장을 발부하여 증인을 출두하게 하거나, 각종 문서와 기록을 제출할 것을 요구하는 권한을 말한다. 미국 행정절차법은 별도의 근거법규가 있는 경우 공무원들로 하여금 대상자에게 자료를 제출하게 하거나 출석을 요구하는 내용의 소환장(subpoenas)을 발부하여 전송할 수 있도록 규정하고 있다. 만일 별도의 근거법규가 없는 경우 공무원이 행정절차법만을 근거로 소환장을 송부하더라도 소환장으로써의 효력을 가지지는 못하고, 소환장 집행을 위하여 사전에 법원으로부터 승인을 받아야 하는 경우도 있다. 행정기관의 소환장 발부에 있어, 행정기관은 세 가지의 기

⁹⁶⁾ Mashaw, Merrill, Shane, Magill, Cuéllar, Parrillo, 앞의 책, 829면.

본적인 제한을 가지게 된다. ① 먼저, 그와 같은 권한이 법령에 의해 당해 행정기관에게 부여된 것이라야 한다. ② 요구되는 정보는 행정기관의 요청 목적과 관련이 있어야 한다. ③ 정보에 대한 요구가 불합리하여서는 안된다. 소환장의 수령인이 위 각 제한과 관련한 문제를 제기하고자 하는 경우, 그들은 이를 파기하는 법원의 명령을 구하거나, 단순히 그와 같은 요청에 응하지 아니하면 된다. 수령인이 요청에 응하지 아니하는 경우, 행정기관은 이에 응할 것을 명하고, 만일 응하지 아니할 경우 법정모독죄로 처벌되는 것을 내용으로 하는 법원의 명령을 획득하여야 한다.⁹⁷⁾

한편 보고서 요구권이란 행정기관이 개인이나 회사에 대하여 필요한 정보를 특정한 양식으로 요구하는 권한을 말한다. 보고서 요구권은 조사대상자에 대하여 소환장과 같이 문서의 형태로 정보를 구하는 것이나, 소환장이 회사의 일상기록과 같은 현존기록의 제출을 요구한다면 보고서 요구권은 특정 양식에 따른 답변을 요구한다는 점에서 그 차이가 있다. 자격을 부여하는 각종 프로그램에 있어, 행정청이 자료를 수집하고, 보유하며, 보고하는 것은 광범위하게 요구되고 있다. 특히나 그 행정적인 책임이 금지된 행위를 처벌하거나 예방하는 경찰행정적인 영역의 분야에 있어서도, 보고서 요구 및 보유는 널리 활용되고 있다.⁹⁸⁾

특히 소환장 발부제도와 관련하여, 미국은 피조사자의 조사거부에 대한 제재수단이 존재한다는 점에 관하여는 우리나라와 유사하지만 소환장에 대한 승인 여부를 법원이 심사할 수 있는 기회를 가진다는 점에서 큰 차이를 지닌다.

III. 미국법상 자기부죄거부특권의 예외

97) 위의 책, 806면.

98) 위의 책, 826면.

1. 예외의 개관

미국에 판례가 실시하는 자기부죄거부특권의 예외는 크게 5가지이다. ① 단체의 기록, ② 타인이 보관하는 기록, ③ 강요받지 아니한 자의 사적 기록, ④ 형사절차상의 면책을 보증한 경우, ⑤ 공적 기록의 예외 원칙이 그것이다.⁹⁹⁾

2. 단체의 기록-Hale 판결¹⁰⁰⁾

1906년경 미국 검사는 Hale에 대하여 증언 및 기업 문서들을 제출할 것을 요구하는 내용의 대배심 소환장을 송달하였고. Hale은 수정헌법 제5조에 의거하여 이를 거부하여 범정부모독죄로 처벌받을 위기에 처하였다.

이에 관하여 연방대법원은, 수정헌법 제5조에 근거한 자기부죄거부특권은 개인의 시민으로서의 자유만을 보호할 뿐 경제적인 기업의 이익을 수호하는 것이 아니라는 이유로, 수정헌법 제5조는 기업에 적용되지 않고, 개인은 기업의 자기부죄거부특권을 주장할 수 없다고 판시하였다.

3. 제3자가 보관하는 기록-Couch 판결¹⁰¹⁾

이 판결에서는 개인의 사업 기록을 회계사가 보관하고 있는 경우 그와 같은 기록에도 개인의 자기부죄거부특권이 적용되는지 여부가 문제되었다. 이에 관하여 연방대법원은, 만일 개인이 자신의 사업 기록을 제3자의 소유로 공여하고, 정부가 제3자에 대하여 소환장에

⁹⁹⁾ 이들 예외에 관하여는 각 판례의 원문 및 Richard J. Pierce, Jr., 「Administrative Law Treatise」, Aspen Law&Business, 2002, 625-627면을 참조하였다.

¹⁰⁰⁾ Hale v. Henkel, 201 U.S. 43, 70(1906).

¹⁰¹⁾ Couch v. United States, 409 U.S. 322(1973).

의거하여 기록을 적법하게 요구할 경우, 개인은 그 기록에 대하여 어떠한 사적인 기대도 하여서는 안되고 수정헌법 제5조가 위와 같은 소환장의 집행에 어떠한 장애도 될 수 없다고 판시하였다.

4. 강요당하지 않는 개인의 기록- Fisher 판결¹⁰²⁾

이 판결은 Couch판결과 유사한 법리를 실시하였으나, 수정헌법 제5조에 의하여 보호되는 개인의 권리 범위를 더 명확하게 하였다는 데 그 의의가 있다.

이 판결에서, 연방대법원은 관련 판결들에서 실시하여 온 수정헌법 제5조에 기한 자기부죄거부특권은 개인의 진술을 ‘물리적으로나 도덕적으로 강요’하는 것을 금지하는 것이라는 법리를 재확인하면서, 납세자의 변호사에 대한 소환장의 집행이 납세자의 자기부죄거부특권을 침해하는 것이 아니라고 판시하였다. 특히 변호사에 대한 소환장은 납세자에게 어떠한 것을 할 것을 강요하지 아니하고, 납세자가 변호사에게 건넨 서류는 변호사-의뢰인 특권에 의하여 보호받을 뿐이다. 한편 이 판결에서 연방대법원은, 회계사가 생산한 서류는, 그 자체로 납세자의 자기부죄거부특권의 대상이 될 수 없고, 회계사가 생산한 서류가 납세자를 잘못된 것처럼 보이게 한다고 하면서, 그것이 납세자의 진술을 강요한 것이 될 수는 없으며, 회계사가 생산한 서류는 회계사의 소유일 뿐이라고 판시하였다.

5. 형사절차상의 면책을 보증한 경우-Hitchcock 판결¹⁰³⁾

이 판결은, 개인이 다른 형사피의자에게 불리한 증언을 하여 수사기관에 의하여 면책이 보장되는 경우 그 증언의 대상이 되는 범죄에 관하여 기소되지 아니하는 미국법상의 형사상 면책제도를 토대

¹⁰²⁾ Fisher v. United States, 425 U.S. 391(1976).

¹⁰³⁾ Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547, 586(1892).

로, 그와 같이 개인에게 면책권이 주어지는 경우에는 자기부죄거부 특권의 예외가 된다고 판시하였다.

6. 공적 기록의 예외 원칙-Shapiro 판결¹⁰⁴⁾

위 판결에서, 과일채소판매업을 영위하던 피고인은 전시 가격통제 법¹⁰⁵⁾상의 규제를 위반하였다는 이유로 기소되었는데, 기소의 근거가 된 증거는 위 법에 의하여 피고인이 보관하도록 의무지워진 과일과 채소의 거래에 관한 문서, 기록이었다. 미연방대법원은 위 판결에서, 위 기록은 정부가 규제의 목적으로 기록의 보관의무를 부과하였기 때문에 ‘공적 기록’이 되었고, 따라서 자기부죄거부특권이 적용되지 않으므로 이를 근거로 Shapiro를 기소할 수 있다고 판시하였다.

7. 예외의 정리

결국 미국에서는 자기부죄거부특권이 원칙적으로 행정조사에 적용된다고 하면서도 그 예외를 광범위하게 인정하고 있고, 특히 자기부죄거부특권에 의하여 ‘공적 기록의 예외’ 원칙에 따라 보고서나 자료 요구에 대한 헌법적 보호는 사실상 상당히 축소되어 있다.

제3절 학설의 검토

현행 행정조사기본법과 개별 법규에서는 우리나라에서 행정조사의 피조사자에게 진술거부권이 인정되는지, 그리고 인정된다면 조사자가 피조사자에게 진술거부권을 고지하여야 하는지에 관한 명확한

¹⁰⁴⁾ Shapiro v. United States, 335 U.S. 1(1948).

¹⁰⁵⁾ the Emergency Price Control Act, a wartime economic measure.

규정을 두고 있지 아니한바, 이에 관하여 다양한 학설이 존재한다.

먼저 진술거부권의 인정여부에 관하여, 행정절차는 행정상의 합리적인 규제 및 공공복리를 추구하는 것으로서 형사책임을 묻는 것이 아니고, 헌법 제12조 제2항은 형사절차에 관한 규정이므로, 원칙적으로 행정절차에 있어서는 진술거부권에 관한 규정이 적용될 여지는 없으나 예외적으로 행정조사가 형사적인 목적을 위하여 행사되는 경우에는 진술거부권이 인정된다는 견해가 존재한다.¹⁰⁶⁾ 또한 헌법상 진술거부권 규정은 형사절차뿐만 아니라 행정절차의 영역에도 적용되므로, 행정절차에 있어 실질적으로 형사책임을 추궁하기 위한 경우 진술거부권이 적용되어야 한다는 견해도 존재한다.¹⁰⁷⁾

제4절 관련 개별법의 사례 분석

I. 선거관리위원회의 조사

1. 선거관리위원회의 조사의 의의 및 근거

선거관리위원회는 선거와 국민투표의 공정한 관리 등 선거행정의 목적을 실현하기 위하여 선거범죄 관련 증거자료의 수집 및 사실관계 확인 등 조사활동을 업무로 하고 있는바, 이는 헌법 제114조 제1항¹⁰⁸⁾에 근거한 것이다.

선거관리위원회 조사활동은 선거관리위원회법 제14조의2¹⁰⁹⁾, 공직

¹⁰⁶⁾ 류지태·박종수, 앞의 책, 416면

¹⁰⁷⁾ 이근우, 앞의 논문, 88면.

¹⁰⁸⁾ 헌법 제114조 제1항 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거관리위원회를 둔다.

¹⁰⁹⁾ 선거관리위원회법 제14조의 2 각급선거관리위원회의 위원·직원은 직무수행 중에 선거법위반행위를 발견한 때에는 중지·경고 또는 시정명령을 하여야 하며, 그 위반행위가 선거의 공정을 현저하게 해치는 것으로 인정되거나

선거법¹¹⁰⁾ 제272조의2¹¹¹⁾ 및 제272조의3¹¹²⁾에 그 법적 근거를 두고

중지·경고 또는 시정명령을 불이행하는 때에는 관할수사기관에 수사의뢰 또는 고발할 수 있다.

110) 2017. 3. 9. 법률 제14571호로 일부 개정된 것.

111) 공직선거법 제272조의2(선거범죄의 조사등)

① 각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)위원·직원은 선거범죄에 관하여 그 범죄의 혐의가 있다고 인정되거나, 후보자(경선후보자를 포함한다)·예비후보자·선거사무장·선거연락소장 또는 선거사무원이 제기한 그 범죄의 혐의가 있다는 소명이 이유있다고 인정되는 경우 또는 현행범의 신고를 받은 경우에는 그 장소에 출입하여 관계인에 대하여 질문·조사를 하거나 관련서류 기타 조사에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다.

② 각급선거관리위원회 위원·직원은 선거범죄 현장에서 선거범죄에 사용된 증거물품으로서 증거인멸의 우려가 있다고 인정되는 때에는 조사에 필요한 범위 안에서 현장에서 이를 수거할 수 있다. 이 경우 당해 선거관리위원회 위원·직원은 수거한 증거물품을 그 관련된 선거범죄에 대하여 고발 또는 수사의뢰한 때에는 관계수사기관에 송부하고, 그러하지 아니한 때에는 그 소유·점유·관리하는 자에게 지체없이 반환하여야 한다.

③ 누구든지 제1항의 규정에 의한 장소의 출입을 방해하여서는 아니되며 질문·조사를 받거나 자료의 제출을 요구받은 자는 이에 응하여야 한다.

④ 각급선거관리위원회위원·직원은 선거범죄 조사와 관련하여 관계자에게 질문·조사하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 선거관리위원회에 동행 또는 출석할 것을 요구할 수 있다. 다만, 선거기간중 후보자에 대하여는 동행 또는 출석을 요구할 수 없다.

⑤ 각급선거관리위원회위원·직원은 선거의 자유와 공정을 현저히 해할 우려가 있는 이 법에 위반되는 행위가 눈앞에 행하여지고 있거나, 행하여질 것이 명백하다고 인정되는 경우에는 그 현장에서 행위의 중단 또는 예방에 필요한 조치를 할 수 있다.

⑥ 각급선거관리위원회위원·직원이 제1항의 규정에 의한 장소에 출입하거나 질문·조사·자료의 제출을 요구하는 경우에는 관계인에게 그 신분을 표시하는 증표를 제시하고 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 한다.

⑦ 각급선거관리위원회 위원·직원이 제1항에 따라 피조사자에 대하여 질문·조사를 하는 경우 질문·조사를 하기 전에 피조사자에게 진술을 거부할 수 있는 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 알리고, 문답서에 이에 대한 답변을 기재하여야 한다.

있고, 별칙으로 공직선거법 제256조 제4항 제12호의 규정이 있다.

선거관리위원회 직원은 선거범죄의 혐의가 있다고 인정되거나 현행범의 신고를 받은 경우 관계인에게 질문조사를 하기 위하여 그

⑧ 각급선거관리위원회 위원·직원은 피조사자가 변호인의 조력을 받으려는 의사를 밝힌 경우 지체 없이 변호인(변호인이 되려는 자를 포함한다)으로 하여금 조사에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 하여야 한다.

112) 공직선거법 제272조의3(통신관련 선거범죄의 조사)

① 각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)직원은 정보통신망을 이용한 이 법 위반행위의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 당해 선거관리위원회의 소재지를 관할하는 고등법원(구·시·군선거관리위원회의 경우에는 지방법원을 말한다) 수석부장판사 또는 이에 상당하는 부장판사의 승인을 얻어 정보통신서비스제공자에게 당해 정보통신서비스 이용자의 성명(이용자를 식별하기 위한 부호를 포함한다)·주민등록번호·주소(전자우편주소·인터넷 로그기록자료 및 정보통신망에 접속한 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 자료를 포함한다)·이용기간·이용요금에 대한 자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다.

② 각급선거관리위원회 직원은 전화를 이용한 이 법 위반행위의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 당해 선거관리위원회의 소재지를 관할하는 고등법원(구·시·군선거관리위원회의 경우에는 지방법원을 말한다) 수석부장판사 또는 이에 상당하는 부장판사의 승인을 얻어 정보통신서비스제공자에게 이용자의 성명·주민등록번호·주소·이용기간·이용요금, 송화자 또는 수화자의 전화번호, 설치장소·설치대수에 대한 자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항 또는 다른 법률에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자료의 열람이나 제출을 요청하는 때에는 제1항 또는 제2항에 따른 승인이 필요하지 아니하다.

1. 인터넷 홈페이지 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편을 전송한 사람의 성명·주민등록번호·주소 등 인적사항
2. 문자메시지를 전송한 사람의 성명·주민등록번호·주소 등 인적사항 및 전송통수

④ 제1항부터 제3항까지에 따른 요청을 받은 자는 지체없이 이에 응하여야 한다.

⑤ 각급선거관리위원회 직원은 정보통신서비스제공자로부터 제1항부터 제3항까지에 따라 제출받은 자료를 이 법 위반행위에 대한 조사목적 외의 용도로 사용하여서는 아니되며, 관계 수사기관에 고발 또는 수사의뢰하는 경우를 제외하고는 이를 공개하여서는 아니된다.

장소에 출입할 수 있고, 선거범죄혐의 사실을 발견하면 증거조사를 위하여 관계인에게 질문하거나 추궁할 수 있으며, 범죄혐의 입증에 필요한 자료를 소지한 자에게 그 자료의 제출을 명할 수 있고, 선거범죄와 관련하여 관계자에게 질문·조사하기 위하여 동행 또는 출석을 요구할 수 있으며, 선거범죄현장에서 선거범죄에 사용된 증거물품을 수집·보관할 수 있는 권한을 가진다. 또한 정보통신망이나 전화를 이용한 선거범죄를 조사하기 위하여 정보통신서비스 제공자에게 이용자의 식별에 필요한 자료 등의 열람이나 제출을 요청할 수도 있다.

2. 법적 성질 및 문제점

선거관리위원회의 선거범죄 조사는 행정주체인 선거관리위원회가 선거의 공정을 기하고 선거부정을 방지하기 위하여 행하는 것으로서, 일종의 행정조사가 된다. 선거관리위원회의 조사권 중 피조사자에 대한 질문과 조사는 수사기관에서의 피의자신문조서 작성과 유사한 방법 및 방식으로 이루어져 있고, 현장출입권·물품수거권 등 공직선거법에 근거한 강제조사권까지 존재한다.

종래 진술거부권의 고지 및 변호사의 조력을 받을 권리 등 피조사자의 기본권은 명문으로 규정되어 있지는 아니하였으나, 2013. 8. 13. 공직선거법 제272조의2 제7, 8항이 신설되면서 선거관리위원회 위원·직원이 피조사자에 대하여 질문·조사를 하는 경우 진술을 거부할 수 있는 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 알리고 문답서에 이에 대한 답변을 기재하여야 한다는 내용이 명문으로 규정되게 되었다. 이하에서 살필 관련 판례에서는 위와 같이 명문으로 진술거부권 및 변호인의 조력을 받을 권리가 규정되기 이전에 피조사자에게 진술거부권이 고지되지 아니한 채 피조사자의 문답서가 작성된 사안에서, 그러한 문답서의 증거능력이 부정되는지 여부가

문제되었다.

3. 관련 판례

가. 사실관계 및 피고인의 주장

선거관리위원회 소속 공무원은 A를 상대로 피고인의 선거범죄 혐의에 관한 조사를 실시하여 그 내용을 문답서로 작성하였고, 이에 대해 피고인은 선거관리위원회는 준수사기관으로서의 성격을 갖기 때문에 피의자의 지위를 갖게 되는 A에 대하여는 진술거부권을 고지하여야 하는데, 공동피고인으로서 피고인과 함께 기소된 피조사자인 A에 대한 문답서는 진술거부권의 고지 없이 작성된 것이어서 증거능력이 없다고 주장하였다.

나. 대법원의 판시내용¹¹³⁾

대법원은 다음과 같이 판시하면서, 선거관리위원회 소속 공무원이 구 공직선거법에 따라 A를 조사하면서 작성한 선거관리위원회 문답서의 증거능력을 다투는 피고인의 주장을 모두 배척하였다.

1) 헌법 제12조는 제1항에서 적법절차의 원칙을 선언하고 제2항에서 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하여 진술거부권을 국민의 기본적인 권리로 보장하고 있다. 이는 형사책임과 관련하여 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하고 인간의 존엄성과 가치를 보장하려는 데에 그 취지가 있다.

2) 그러나 진술거부권이 보장되는 절차에서 진술거부권을 고지받을 권리가 헌법 제12조 제2항에 의하여 바로 도출된다고 할 수는

¹¹³⁾ 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결

없고, 이를 인정하기 위해서는 입법적 뒷받침이 필요하다 .

3) 구 공직선거법¹¹⁴⁾은 제272조의2에서 선거범죄 조사와 관련하여 선거관리위원회 위원·직원이 관계자에게 질문·조사를 할 수 있다고 규정하면서도 진술거부권의 고지에 관하여는 별도의 규정을 두지 않았고, 수사기관의 피의자에 대한 진술거부권 고지를 규정한 형사소송법 제244조의3 제1항이 구 공직선거법상 선거관리위원회 위원·직원의 조사절차에 당연히 유추적용된다고 볼 수도 없다. 한편, 2013. 8. 13. 법률 제12111호로 개정된 공직선거법은 제272조의2 제7항을 신설하여 선거관리위원회의 조사절차에서 피조사자에게 진술거부권을 고지하도록 하는 규정을 마련하였으나, 그 부칙 제1조는 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”고 규정하고 있어 그 시행 전에 이루어진 선거관리위원회의 조사절차에 대하여는 구 공직선거법이 적용된다.

4) 결국, 구 공직선거법 시행 당시 선거관리위원회 위원·직원이 선거범죄 조사와 관련하여 관계자에게 질문을 하면서 미리 진술거부권을 고지하지 않았다고 하여 단지 그러한 이유만으로 그 조사절차가 위법하다거나 그 과정에서 작성·수집된 선거관리위원회 문답서의 증거능력이 당연히 부정된다고 할 수는 없다 .

4. 검토

진술거부권은 헌법상 일반원칙인 적법절차의 원칙에서 파생된 헌법적 권리인바, 헌법 제12조 제2항의 ‘형사상 자기에게 불리한 진술’이라는 문언의 ‘형사상’의 의미는 형식적인 의미가 아닌 실질적인 의미로 파악하는 것이 타당하다.¹¹⁵⁾ 따라서 조사자가 자신의 진술로

¹¹⁴⁾ 2013. 8. 13. 법률 제12111호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공직선거법’이라고만 한다.

¹¹⁵⁾ 백상진, "수사절차와 관련된 행정조사의 통제방안에 관한 연구", 한국경찰학회보 18권 1호, 2016, 121면.

인하여 형사상 불이익한 처우를 받을 우려가 있다면, 비록 행정절차의 과정에서 그 진술이 이루어진 것이라 하더라도 진술거부권이 인정되어야 한다.

특히 선거관리위원회 소속 공무원의 조사는 그 목적이 ‘선거범죄 혐의’에 관한 조사이고, 법 위반의 효과로서 ‘형벌’을 규정하고 있다는 점에서 형사소송법의 적용을 받는 수사절차와 상당부분 중첩되게 된다. 또한 선거관리위원회 소속 공무원은 비록 특별사법경찰관리는 아니지만 공직선거법에 따라 현장출입권·물품수거권 등의 강제조사권을 갖는다. 따라서 이들의 조사는 개별법에 의하여 수권된 권한의 범위 및 강도를 고려할 때 피조사자의 권리를 침해할 가능성이 높으므로, 형사소송법 등의 엄격한 절차의 통제를 받는다고 봄이 타당하다. 이와 같은 견지에서 개정 공직선거법에도 피조사자에 대한 진술거부권 및 변호사의 조력을 받을 권리를 명문으로 인정한 것으로 보인다.

이와 같은 점을 고려할 때, 비록 이 사안이 진술거부권 및 그에 대한 고지에 관한 명문의 규정이 적용되지는 아니하는 사안이라고 하더라도, 진술거부권이 헌법 제12조 제1항에 근거한 헌법상 일반원칙인 적법절차의 원칙에 근거함을 감안할 때, 진술거부권을 고지할 의무가 있다고 봄이 타당하다.

II. 공정거래위원회의 조사

1. 공정거래위원회의 조사의 의의 및 근거

공정거래위원회는 공정거래법의 규정에 위반한 혐의가 있다고 인정할 때에는 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다(공정거래법 제49조 제1항). 위 규정은 공정거래위원회의 임의적 행정조사에 관한 포괄적인 일반규정이다.

공정거래위원회가 공정거래법위반 사건을 처리하는 절차는 크게 심사, 심의, 의결의 단계로 구성되어 있는바, 공정거래법상의 조사란, 법위반사실의 단서를 접한 공정거래위원회가 심사절차를 개시할 것인지를 결정하거나, 심사절차 개시 이후 계속하여 심의 및 의결에 필요한 자료를 수집할 목적으로 사인(사인)에 대하여 행하는 일체의 행정작용을 의미한다고 정의할 수 있을 것이다.¹¹⁶⁾

2. 공정거래위원회의 권한

공정거래법 제50조 제2항은 공정거래위원회가 그 소속공무원으로 하여금 사업자 등의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영 상황, 장부·서류 등 자료나 물건을 조사하고, 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술을 듣게 할 수 있도록 하고, 같은 법 제50조 제3항에 의하면 위 규정에 의한 조사를 하는 공무원은 대통령령이 정하는 바에 따라 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에 대하여 조사에 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치를 할 수 있다. 위 규정에 의하여 조사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시하여야 하고(공정거래법 제50조 제4항), 자료나 물건의 제출명령 또는 제출된 자료나 물건의 영치는 증거인멸의 우려가 있는 경우에 한한다(공정거래법 시행령 제56조 제2항).

특히 자료제출 명령에 대하여 응하지 않거나 허위의 보고 또는 자료나 물건을 제출한 경우, 사업자의 경우 1억 원, 임원 또는 종업원 기타 이해관계인인 경우에는 1천만 원 이하의 과태료에 처할 수 있고(공정거래법 제69조의 2 제1항 제6호). 동법 제69조의2 제1항 제7호는 이러한 조사를 거부·방해 또는 기피한 자에 대하여 5천만 원

116) 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계“, 형사법의 신동향 통권37호, 2012, 5면.

이하의 과태료를 부과하도록 하고 있다. 또한 폭언·폭행, 고의적인 현장진입 저지·지연 등을 통하여 조사를 거부·방해 또는 기피하는 경우 3년 이하의 징역 또는 벌금 2억 원 이하의 형사처벌을 받을 수 있다(공정거래법 제66조 제1항 제11호).

3. 진술거부권에 관한 문제

공정거래법에 근거한 조사는 행정청인 공정거래위원회의 공무원에 의하여 행하여지고 수사기관에 의하여 이루어지지 아니하며, 그 조사의 목적도 과징금, 시정명령 등 행정제재의 대상이 되는 공정거래법위반 여부를 확인하기 위하여 행하여지는바, 이 점에서 공정거래위원회의 조사는 ‘행정조사’의 성질을 가진다.

그런데 공정거래법 위반행위는 행정제재의 대상이 될 뿐만 아니라 형사처벌의 대상¹¹⁷⁾이 되기도 하는바, 공정거래위원회의 조사 과정에서 얻어진 진술이 피조사자에게 형사상 불리한 진술이 될 경우, 조사방해에 관한 과태료나 형사처벌 등 제재에 의한 간접적 강제에 의해 자료제출의무, 보고의무, 출석의무 등을 부과하는 것이 헌법상 진술거부권을 침해하는 것이 아닌가 하는 문제가 존재한다. 즉 공정거래위원회가 위법사실을 조사하여 행정제재를 부과하는데 그치지 않고 검찰에 고발하면서 조사자료를 인계하고, 검찰이 해당 자료를 형사재판에 유죄를 입증하는 증거로 제출할 가능성이 있음에도, 공정위원회의 조사에 불응하는 경우 형사처벌이 예정되어 있다면, 결국 조사대상자는 자신에게 형사적으로 불리한 내용에 관한 자료제출 및 보고를 강제당하게 되는 것이다.

살피건대, 공정거래위원회의 행정조사가 조사대상자의 범위반사실

117) 공정거래법 제66조 내지 69조에서는 시장지배적지위 남용행위, 기업결합의 제한 위반행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위, 재판매가격유지행위, 지주회사 등의 행위제한행위 등의 공정거래위반행위에 대하여 징역형 또는 벌금형의 형사처벌규정을 두고 있다.

을 조사하여 그에 따른 제재를 부과하는데 그 목적이 있고, 조사 불응시의 제재로서 형사처벌이 예정되어 있다면, ‘행정조사의 목적’ 및 ‘수단’과 관련하여 그와 같은 행정조사는 형사법상 범죄수사에 근접한 것으로 봄이 옳다. 따라서 진술 요구 절차나 진술 내용이 형사책임을 묻기 위하여 진행될 경우, 그리고 관계 법령에 비추어 객관적으로 형사책임을 부과할 가능성이 높다면 원칙적으로 조사대상자에게 진술거부권이 부여된다고 봄이 상당하다.

다만 조사대상자로서는 어떤 시점에 행정절차가 형사절차로 전환될지 예상할 수 없을 것인바, 조사대상자에 대한 진술거부권이 부여되는 시점과 관련하여 조사대상자의 측면에서 ① 진술을 요구하는 절차나 진술의 내용이 일반적으로 형사책임을 묻기 위한 목적으로 진행되고 있는지, ② 형사책임을 묻기 위한 목적임이 명백하지 않다고 하더라도 관계 법령에 비추어 보면 객관적으로 형사책임을 부담할 가능성이 높다고 볼 수 있는지, ③ 진술을 요구받는 조사대상자가 형사책임을 부담하는 주체임이 비교적 명확하게 드러난 상태인지 등을 고려하여 판단하여야 한다는 견해도 존재한다.¹¹⁸⁾ 한편 이러한 기준은 조사대상자가 진술할 때 진술거부권이 존재하고 이를 행사할 것인지에 대한 판단기준을 제시하지 못한다고 비판하면서, 결과적으로 수사에 이르지 아니하였다고 하더라도 진술자가 진술할 때 형사책임으로 이어질 가능성을 알았다면 진술을 거부할 수 있다고 보는 견해도 존재한다.¹¹⁹⁾

살피건대, 진술거부권의 인정 여부는 조사대상자의 주관적인 인식에 기초하여 판단하는 것이 타당한 것으로 보이나, 조사대상자의 주관적인 인식으로서 조사대상자가 ‘향후 형사책임으로 이어질 가능성을 인식하였는지’와 관련한 구체적 요소로서 제2장에서 살핀 여러가

118) 앞의 논문, 26면.

119) 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38권 제2호, 2014, 67면.

지 요소들, 즉 조사의 주체 및 권한, 조사의 목적 및 제재 수단, 특히 제재수단에 있어 형사처벌의 가능성 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하는 것이 타당하다.

제5장 위법한 행정조사와 행정처분의 효력

제1절 일반적 논의

I. 행정조사의 대상적격

1. 문제점

위법한 행정조사가 이루어진 경우, 이에 대한 권리구제가 가능한 문제에 관하여 가장 중요한 것은, 결국 그러한 행정조사행위에 취소소송에 있어서의 대상적격을 인정하여 취소소송을 통한 구제를 인정할 수 있는지 여부이다.¹²⁰⁾

2. 규정 및 견해의 대립

행정심판법 제2조 제1항 제1호 및 행정소송법 제2조 제1항 1호는 항고쟁송의 대상인 처분을 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용'이라고 정의하고 있다.

이에 관하여 학설은, 독일과 같이 처분의 개념을 강학상 '행정행위'와 같이 엄격히 해석하되, 처분에 해당하지 아니하는 행정작용에 대하여는 독일의 금지소송, 일반이행소송 및 확인소송과 동일한 당사자소송 형태의 행정소송을 인정하여야 한다는 견해가 있는 반면, 취소소송의 권리구제기능을 중시하여 행정쟁송법상 처분개념을 실체법상의 행정행위 개념보다 넓은 행정쟁송법상의 독자적인 개념으로 보는 견해도 존재한다.¹²¹⁾ 후자의 견해에 의하면, 행정행위가 아

¹²⁰⁾ 이하의 논의는 박정훈, 「행정법연구2-행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006, 145-181면의 내용을 참조하였다.

¹²¹⁾ 박균성, 앞의 책, 1053면.

닌 권력적 사실행위, 행정계획, 행정규칙, 행정지도, 비권력적 사실 행위 등 행정작용도 그것이 국민의 권익에 영향을 미치는 행위라면 널리 취소소송의 대상으로 인정하려 한다. 이와 같은 견해의 대립은 결국 취소소송의 성질 내지 기능을 어떻게 파악하는지와 연결된다.

3. 판례의 태도

판례는 처분의 개념에 관하여 “행정청이 공권력주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위”로 정의하고 있다.¹²²⁾ 한편 판례는 어떤 행정청의 행위가 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는가는 그 행위의 성질, 효과 외에 행정소송제도의 목적 또는 사법권에 의한 국민의 권리보호의 기능도 충분히 고려하여 합목적적으로 판단되어야 한다고 하면서,¹²³⁾ 행정행위 이외에도 권력적 사실행위로 볼 수 있는 단수처분¹²⁴⁾이나 교도소재소자의 이송조치를 처분으로 보기도 하고, 비권력적 사실행위로 평가되나 국민의 권익에 사실상 지배력을 미치는 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고를 처분으로 보기도 하여, 그 처분개념을 행정행위로 국한하기보다는 점차 확대해나가고 있다.

4. 검토

취소소송 등 항고소송을 주관적 소송으로 파악하는 견해는 취소소송의 본질을 주로 개인의 권리를 보호하는 것으로 파악하고, 그 구제에 중점을 둔다. 그러나 우리의 행정소송법은 독일에서와 같이 권리침해를 취소요건으로 규정하지 아니하고 있고, 나아가 행정소송법

¹²²⁾ 대법원 2007. 10. 11 선고 2007두1316 판결 등 참조.

¹²³⁾ 대법원 1984. 2. 14. 선고 82누370 판결 등 참조.

¹²⁴⁾ 대법원 1979. 12. 28. 79누217 판결.

제29조 제1항에 의거하여 취소판결의 대세적 효력을 명문화하고 있으며, 판례에 의하더라도 취소소송의 위법판단 기준시를 처분시로 보고 그 처분사유의 추가변경이 엄격하게 제한되고 있다. 여기에 현실적으로 위법한 행정조사에 대한 권리구제가 항고소송을 통하여 이루어지는 것이 대부분이므로 항고소송의 대상적격을 넓게 파악하는 것이 개인의 권익 구제에 오히려 더 도움이 될 것으로 보이는 점 등을 보태어 보면, 취소소송의 본질을 원고의 권리를 구제하는데 한정하지 아니하고 행정의 적법성 통제로 보고, 위법성 판단의 대상이 될 만한 행정작용은 행정행위에 국한됨이 없이 모두 취소소송의 대상으로 봄이 상당하다고 생각한다.

특히 행정조사와 결부지어 보건대, 행정조사에는 행정행위형 행정조사와 사실행위형 행정조사가 있고, 사실행위형 행정조사에도 권력적 조사 및 비권력적 조사가 있다.¹²⁵⁾ 행정행위형 행정조사의 경우 당연히 취소소송의 대상이 된다. 또한 권력적 조사도 직접 실력을 행사하거나 과태료 등을 통하여 간접적으로 수인의무를 부과하는 것이므로 취소소송의 대상이 된다. 논의의 실익은 조사에 응할 것인지 여부가 상대방의 자의에 맡겨져 있는 비권력적 조사가 취소소송의 대상이 되느냐 하는 점이다. 살피건대, 위법성 판단의 대상이 될 만한 행정작용은 취소소송의 대상으로 봄이 상당하다는 견해를 견지한다면, 임의조사의 경우에도 사실상 강제력이 행사되거나 조사상 상대방의 기본권에 중대한 영향을 미칠 경우 처분성을 긍정함이 타당하다.

그러나 사실행위형 행정조사의 경우, 행정조사가 계속적으로 이루어지지 않는 한 취소를 구할 법률상 이익이 없는 경우가 대부분일 것이므로, 실질적으로 취소소송을 통한 구제는 제한적일 것이다. 이러한 경우 행정조사는 그에 기초한 행정결정을 위하여 이루어지는 경우가 대부분일 것이고, 조사대상자는 실질적으로 위 행정결정 자

¹²⁵⁾ 김영조, 앞의 논문, 139면.

체를 대상적격으로 하여 행정조사의 위법성을 다툼으로써 구제받고자 할 것인바, 이 지점에서 뒤에서 보는 바와 같이 위법한 행정조사의 경우 그에 따른 행정결정 또한 위법한 것인가의 문제가 제기된다.

II. 위법한 행정조사와 행정결정의 효력

1. 문제점

행정조사가 위법한 경우, 그 행정조사에 의하여 수집된 정보에 기초하여 내려진 행정결정 자체가 위법한 것으로 되는가가 문제가 된다.

만일 행정조사를 통하여 획득된 정보가 정확하지 아니하다면, 그 정보에 기초하여 내려진 행정행위는 사실의 기초에 흠이 있는 행정행위이므로 당연히 위법할 것이다. 판례도 "과세처분의 근거가 된 확인서, 명세서, 자술서, 각서 등이 과세관청 내지 그 상급관청이나 수사기관의 일방적이고 억압적인 강요로 작성자의 자유로운 의사에 반하여 별다른 합리적이고 타당한 근거도 없이 작성된 것이라면 이러한 자료들을 작성경위에 비추어 내용이 진정한 과세자료라고 볼 수 없으므로, 이러한 과세자료에 터잡은 과세 처분의 하자는 중대한 하자임은 물론 위와 같은 과세자료의 성립과정에 직접 관여하여 그 경위를 잘 아는 과세관청에 대한 관계에 있어서 객관적으로 명백한 하자라고 할 것이다."¹²⁶⁾라고 판시하여, 진정하지 아니한 자료에 터잡은 행정행위의 하자는 중대하고도 명백한 하자로서 이에 입각한 행정행위는 무효라고 판시한 바 있다.

따라서 문제가 되는 것은, 행정조사를 통하여 획득된 정보가 내용상으로는 정확하나 그 행정조사가 실체법상 또는 절차법상의 한계

¹²⁶⁾ 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 판결 등 참조

를 넘어 위법한 경우이다.¹²⁷⁾ 행정조사 자체를 행정결정에 이르기 위한 하나의 절차로 본다면, 이는 결국 절차적 하자를 실체적 하자(내용의 하자)와 마찬가지로 독자적 위법사유로 할 것인지와 관련한 문제라고도 할 것이다.

선행처분인 행정조사의 하자가 존재하는 경우, 그와 같은 하자는 당연히 이를 기초로 한 행정처분의 단계에서 다룰 수 있다. 그런데 행정조사의 하자가 중대, 명백하여 취소사유에 해당하나 이를 제소 기간 내에 다투지 아니하여 불가쟁력이 발생한 경우, 그러한 하자가 후행처분에 승계되는가 하는 문제가 발생하게 된다.

2. 학설

먼저 하자의 승계와 관련한 일반적인 행정법적인 논의의 측면에서 보자면, 학설의 대부분과 판례는 행정행위마다 독립적으로 판단되어야 하므로 선행행위와 후행행위가 상호 관련성이 있어도 별개의 목적으로 행하여지는 경우에는 선행행위의 취소사유는 후행행위에 승계되지 아니하는 것이 원칙이나, 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입게 되는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에만 예외적으로 선행처분의 위법을 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있다고 본다.

특히 하자있는 행정조사에 의한 행정결정에 관한 특유의 견해로서 이를 위법하다고 보는 견해는,¹²⁸⁾ 공권력주체는 어떠한 경우에도 적법하고 정당한 절차를 거쳐 행정결정을 하여야 하므로, 행정조사가 반드시 어떠한 행정결정에 필수적으로 요구되는 것이 아니라 단지 예비적인 작용이라고 하더라도, 절차의 적법성보장의 원칙에 비추어

¹²⁷⁾ 박균성, 앞의 책, 502면.

¹²⁸⁾ 홍정선, 앞의 책, 738면.

행정조사가 위법한 경우 그 조사를 기초로 한 행정결정은 위법하다고 본다. 반면, 행정조사는 상대적이지만 독자적인 제도로서의 성질을 가지므로 행정조사의 위법이 당연히 행정행위도 위법하게 하는 것은 아니라는 견해도 있고, 행정조사와 행정처분은 하나의 과정을 구성하므로 적정절차의 관점에서 행정조사에 중대한 위법사유가 있는 때에 비로소 이를 기초로 한 행정행위도 위법한 행위가 된다는 견해¹²⁹⁾도 존재한다. 또한 행정조사 가운데 행정행위의 성질을 갖는 행정조사와 사실행위형 행정조사를 달리 검토하여, 행정행위형 행정조사의 경우에는 선행 행정행위의 흠이 후행 행정행위에 당연히 승계되고, 사실행위형 행정조사의 경우에도 재량처분뿐만 아니라 기속행위에 있어서도 행정과정에 대한 법적 통제 내지 절차적 규제의 측면에서 과정·절차상의 위법은 행정결정의 위법을 초래한다고 봄이 타당하다는 견해도 있다.¹³⁰⁾

3. 판례¹³¹⁾

이에 관하여 판례는 과세관청 내지 그 상급관청이나 수사기관의 강요로 합리적이고 타당한 근거도 없이 작성된 과세자료에 터잡은 과세처분의 하자는 중대하고 명백한 것이라고 한 대법원 전원합의체 판결 이래로(대법원 전원합의체 1992. 3. 31. 선고 91다32053 판결), 행정조사가 위법한 경우 그 조사를 기초로 한 행정결정 또한 위법하나 그와 같은 행정조사절차의 하자가 경미한 경우에는 위법사유가 되지 않는 것으로 보아 왔다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2006두9498 판결 등 참조).

4. 검토

¹²⁹⁾ 김동희, 앞의 책, 506면, 정형근, 앞의 책, 321면,

¹³⁰⁾ 김영조, 앞의 논문, 132-133면.

¹³¹⁾ 구체적인 판례의 입장은 ‘관련 판례의 분석’ 부분에서 살핀다.

살피건대, 조사대상자의 권리구제를 폭넓게 인정하기 위해서는 행정조사결정을 다투지 아니하여 불가쟁력이 발생한 경우라도 행정처분의 취소소송에서 그 하자를 주장할 수는 있다고 봄이 옳다. 특히 행정조사 자체의 처분성이나 소의 이익이 부정된다면 조사대상자는 행정조사 자체를 다투지 못함에도 불구하고 그에 기반한 행정조사결정 또한 다투지 못하는 불합리함에 빠지게 된다. 따라서 원칙적으로는 행정처분의 효력을 다투는 단계에서 행정조사의 하자를 주장하는 것이 금지되지는 아니한다고 봄이 상당하다.

그러나 행정조사에 하자가 있다고 하여 이에 근거한 모든 행정결정이 취소할 수 있다거나 무효라고 보아서는 안된다. 행정상의 법률관계가 가능한 한 조속히 확정되고 안정되어야 할 필요성 또한 존재하기 때문이다. 특히 각 개별법이 규정한 행정조사의 규정은 그 연혁, 내용 및 취지가 모두 상이하고, 위반의 내용에 따라 조사대상자가 받게 되는 불이익의 경중에 차이가 있을 뿐만 아니라, 각 규정은 행정조사과정의 단계별로 정해져 있으므로, 실제로 행정청이 어떠한 절차를 위반하였다고 하더라도 그 후속 절차에서 조사대상자의 불이익이 해소될 가능성이 존재한다.

따라서 행정조사가 그 한계를 넘어 위법하다고 하더라도, 근거 규정의 내용, 취지, 위반행위의 내용 및 정도 등 제반사정을 고려하여 조사대상자가 실질적으로 받는 불이익이 해소되었거나 극히 경미하다고 판단되는 경우 그러한 하자가 중대하지 아니한 것으로 보아 행정처분의 효력을 유지할 수 있다고 보고, 그렇지 않은 경우에는 과세처분의 효력을 부인해야 할 것이며, 이 경우 명백성 요건을 추가로 심사하여 행정조사의 위법성이 중대하고도 명백하다면 행정처분의 효력을 무효로, 중대하거나 명백하지 아니하다면 취소로 봄이 타당하다.¹³²⁾

132) 세무조사와 관련하여, 세무조사의 절차위반이 중대하다고 하더라도 그 위법이 중대하나 명백하다고까지 판단하기는 어려울 것으로 보이므로 과세처

제2절 미국법상 위법한 행정조사의 구제에 관한 논의

I. 행정조사의 위법성에 대한 사전 사법심사

미국은 소환장발부 등 행정조사의 특정 제도에 관하여 사인이 따르지 않을 경우 그 적법 여부를 사전에 법원에서 심사하여 적법하다고 판단되는 경우 법원이 집행을 명하는 원칙이 확립되어 있다. 즉 조사대상자는 행정기관으로부터 행정조사의 일환으로 소환장이 발부되거나 보고서가 요구되는 경우 이에 응하지 아니할 것을 거부할 수 있다. 이 경우 행정기관은 자력으로 집행할 수 없고 그 집행을 강제할 명령을 법원으로부터 발부받아야 한다.

행정기관의 소환장 발부에 있어, 행정기관은 세 가지의 기본적인 제한을 가지게 된다.¹³³⁾ ① 그와 같은 권한이 법령에 의해 당해 행정기관에게 부여된 것이라야 한다. ② 요구되는 정보는 행정기관의 요청 목적과 관련이 있어야 한다. ③ 정보에 대한 요구가 불합리하여서는 안된다.

소환장의 수령인이 위 각 제한과 관련한 문제를 제기하고자 하는 경우, 소환장을 파기하는 내용의 법원의 명령을 구하거나, 단순히 그와 같은 요청에 응하지 아니하면 된다. 수령인이 요청에 응하지 아니하는 경우, 행정기관은 이에 응할 것을 명하고, 만일 응하지 아니할 경우 법정모독죄로 처벌되는 것을 내용으로 하는 법원의 명령을 획득하여야 한다.¹³⁴⁾ 이와 같은 두단계의 절차는 행정기관의 소환장 발부에 있어 그 불복에 대하여 막바로 제재조치를 취하기 전에 그와 같은 행정기관의 소환장 발부가 적절한지에 관한 사법적

분의 효력을 무효라고까지 볼 수는 없다는 견해도 있다. 유성욱, “위법한 세무조사에 대한 사법상 통제”, 법관연수 어드밴스과정 연구논문집, 2017, 246면.

¹³³⁾ Mashaw, Merrill, Shane, Magill, Cuéllar, Parrillo, 앞의 책, 806면.

¹³⁴⁾ 위의 책.

심사의 기회를 제공하는 것이다.

그러나 소환장의 집행에 사법적 심사가 개입된다고 하여도, 이와 같은 접근 방식은 오히려 행정청에 더 우호적인 결과를 가지고 오기도 하였다. Golden Valley Electric Association 사건¹³⁵⁾이 그 대표적인 예이다. 위 판결에서, the Federal Drug Enforcement Administration은 the Controlled Substances Act의 위반 여부를 조사하기 위하여 Golden Valley의 몇몇 고객들에 대한 조사를 위한 소환장을 발부하였다. Golden Valley는 위 소환장을 거부하면서, 회원들의 기록에 대한 비밀을 보호하는 것이 회사의 방침이라고 주장하였으나, 이에 관하여 법원은 소환장에 따를 것을 명하면서, 소환장의 발부는 그 조사가 합리적인 경우, 만일 그와 같은 조사가 의회에 의하여 승인되고, 이를 승인한 의회의 목적에 부합하며, 그 요청과 관련이 있는 자료를 구하는 것일 경우 이는 수정헌법 4조의 정신에 부합한다고 보았다. 위 판결은 소환장의 발부를 정당화함에 있어 수사절차에 있어서의 “상당한 근거”(probable cause)가 필요하지는 아니하다는 점을 무엇보다 강조하였다. 소환장에 의하여 요청되는 자료는 범죄와 관련이 있을 필요는 없다. 다만 이는 범죄에의 의심을 불식시키는 데 사용될 수 있고, 행정조사에 연관성만을 가지고 있으면 족하므로, 법원은 행정청의 목적과 증거가 완전히 관련이 없는 경우가 아니라면 행정소환장의 집행을 명하여야 한다고 판시하였다.

이와 같이, 미국은 위법한 행정조사에 대한 구제에 있어 우리나라와는 달리 조사대상자가 행정조사가 실현되기 전에 이를 응하지 않고 사전에 법원에서 사법심사로서 그 위법성을 다툴 수 있는 절차가 마련되어 있고, 이 점에서 일단 행정청의 권한에 의하여 위법한 행정조사가 이루어진 이후 법원에 행정소송을 통해 위법한 행정조사 자체의 효력을 다투거나 그 행정처분의 효력을 다투어야 하는

¹³⁵⁾ United States v. Golden Valley Electric Association, 689 F.3d 1108, 9th Cir(2012).

우리나라와 그 논의의 층위가 다소 다르다.

II. 행정처분에 대한 위법수집증거배제법칙의 적용

한편 행정처분을 사후적으로 다투는 과정에서 행정조사의 위법성을 다룰 수 있는지에 관한 쟁점에 관하여, 미국에서 정립된 ‘위법수집증거배제법칙’이 행정처분에 있어서도 적용되는지 여부를 검토해 볼 수 있다.¹³⁶⁾ 이에 관하여 먼저 Calandra 판결¹³⁷⁾은 위법수집증거배제원칙이 형사절차 이외의 절차에도 적용될 수 있다고 판시하였으나, 그 형량에 있어서는 위법한 압수를 통하여 얻은 증거를 배제함으로써 얻을 수 있는 사회적 이익과 그 증거를 사용함으로써 얻을 수 있는 사회적 비용과 편익을 비교형량하여야 한다고 판시하였다.

다만 미국에서는 개별 사안에서 위 Calandra 판결에서 실시한 형량의 원칙이 그대로 통용되지는 않는다. 먼저 조사를 통해 선의로 획득하였으나 사후에 위법한 것으로 결정된 자료는 행정처분에 이용될 수 있다는 판결이 있다.¹³⁸⁾ 또한 법령위반의 예방을 목적으로 하는 행정소송이 형사사법의 성격을 지닌다고 하더라도 위법수집증거 배제법리가 곧바로 행정소송에 적용되지는 않으며, 증거로 채택될 수도 있다고 판시한 판결도 있다.¹³⁹⁾

¹³⁶⁾ 우리나라 대법원 판례는 최근 세무조사 대상선정의 위법성이 문제된 사안에서 세무조사결정의 위법성이 과세처분에 미치는 영향에 대해 하자의 승계로 이론구성하지 않고, 위법한 세무조사에서 수집된 과세자료에 기초한 과세처분은 위법하다고 판시하였고, 이는 헌법 제12조의 적법절차원칙을 직접 적용하여 위법수집증거배제법칙을 적용한 것이라고 해석하는 견해도 있다. 대법원 2016. 12. 16. 선고 2016두47659 판결 참조.

¹³⁷⁾ U.S. v. Calandra, 414 U.S. 666(1974).

¹³⁸⁾ Donovan v. Federal Clearing Die Casting Co., 695 F.2d 1020(7th Cir.1982)

¹³⁹⁾ Lakeland Enter. of Fhinelander, Inc. v. Chao, 402 F.3d 739(7th Cir. 2005)

제3절 관련 판례의 분석

I. 위법한 세무조사와 그에 따른 행정처분의 효력

1. 세무조사에 있어서의 일반 원칙

행정조사기본법은 그 적용범위에 있어 세무조사를 배제하고 있으나, 이 경우에도 행정조사의 기본원칙은 적용된다.¹⁴⁰⁾ 즉 세무조사는 앞서 본 바와 같은 근거법령뿐만 아니라 행정조사기본법 제4조상의 비례의 원칙을 준수하고, 공정하고 평등하게 행사될 것인바, 세무조사는 조사목적의 달성을 위해 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하고, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 되며, 세무공무원은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 세무조사를 실시하여야 하고, 세무공무원은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시하여 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 하는 것이다.

한편 국세기본법 제81조의 4 제1항은 “세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조세권을 남용해서는 아니 된다”라고 규정하고 있다. 이는 종래 “세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 한다.”는 판결¹⁴¹⁾의 취지를 명문화한 것으로 보인다. 위 규정에 따르면, 세무조사는 객관적 필요성, 최소성, 권한남용의 금지

¹⁴⁰⁾ 행정조사기본법 제3조 ① 행정조사에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다. ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다. 5. 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항 ③ 제2항에도 불구하고 제4조(행정조사의 기본원칙), 제5조(행정조사의 근거) 및 제28조(정보통신수단을 통한 행정조사)는 제2항 각 호의 사항에 대하여 적용한다.

¹⁴¹⁾ 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008두10461 판결 등 참조.

라는 세 가지 요건을 충족하여야 한다.

2. 세무조사 단계별 절차 및 한계

가. 세무조사 대상자 선정 및 개시

먼저 각 개별세법에서는 세무공무원이 납세자에게 질문검사를 할 수 있는 권한에 대하여 규정하고 있고, 위 질문조사권이 세무조사의 근거규정이 된다.¹⁴²⁾ 그런데 위 개별세법에는, 구체적인 문언은 조금씩 다르지만 대부분 각 개별세에 관한 사무에 종사하는 공무원이 ‘그 직무수행에 필요한 경우’에는 조사를 개시할 수 있다고 하여 질문조사권의 행사요건을 제한하고 있으나, 그 범위·정도·장소·한계 등에 관하여는 명확하게 규정하고 있지 아니하여 조사공무원에게 상당한 재량을 인정하고 있다.

한편 국세기본법은 예외적인 경우¹⁴³⁾를 제외하고는 같은 세목 및

¹⁴²⁾ 소득세법 제170조 “소득세에 관한 사무에 종사하는 공무원은 그 직무 수행상 필요한 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 질문을 하거나 해당 장부·서류 또는 그 밖의 물건을 조사하거나 그 제출을 명할 수 있다.

법인세법 제122조 “법인세에 관한 사무에 종사하는 공무원은 그 직무수행에 필요한 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 질문하거나 해당 장부·서류 또는 그 밖의 물건을 조사하거나 그 제출을 명할 수 있다.

부가가치세법 제35조 부가가치세에 관한 사무에 종사하는 공무원은 부가가치세에 관한 업무를 위하여 필요하면 납세의무자, 납세의무자와 거래가 있는 자, 납세의무자가 가입한 동업조합 또는 이에 준하는 단체에 대하여 부가가치세와 관계되는 사항을 질문하거나 그 장부·서류나 그 밖의 물건을 조사할 수 있다.

지방세기본법 제136조 세무공무원은 지방세의 부가·징수에 관한 조사를 실행하기 위하여 필요한 때에는 다음에 열거하는 자에게 질문하거나 그 자의 장부, 서류, 그 밖의 물건을 검사할 수 있다.

¹⁴³⁾ 1. 조세탈루의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우

같은 과세기간에 대하여 재조사를 할 수 없다고 규정하여 중복조사 및 재조사를 명시적으로 금지하고 있는바,¹⁴⁴⁾ 이는 세무조사 개시과정에서의 조사권 남용을 막는 중요한 근거규정이 된다.

나. 세무조사 실시 과정

국세기본법은 원칙적으로 세무조사 개시 10일 전에 납세자에게 조사대상 세목, 조사기간, 조사사유 등을 통지하도록 규정하고 있고, 예외적으로 범칙사건조사 및 조사목적 달성이 불가능한 경우 통지하지 아니하도록 규정하며, 국세기본법 시행령 제63조의6은 그 밖에 필요한 사항도 통지할 수 있으며 반드시 문서로 통지를 하도록 규정함으로써 세무조사의 사전통지를 규정하고 있다.¹⁴⁵⁾ 납세자에 대한 사전통지는 세무조사에 대한 예측가능성을 부여하고, 실질적으로 세무조사절차에 대한 방어권을 부여하는 전제가 된다는 점에서 그 중요성을 갖는다.

-
2. 거래상대방에 대한 조사가 필요한 경우
 3. 2개 이상의 과세기간과 관련하여 잘못이 있는 경우
 4. 제65조 제1항 제3호 단서(제66조 제6항과 제81조에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제81조의15 제4항 제2호 단서에 따른 재조사 결정에 따라 조사를 하는 경우(결정서 주문에 기재된 범위의 조사에 한정한다)
 5. 납세자가 세무공무원에게 직무와 관련하여 금품을 제공하거나 금품제공을 알선한 경우
 6. 그 밖에 제1호부터 제5호까지와 유사한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우.

¹⁴⁴⁾ 국세기본법 제81조의4 제2항.

¹⁴⁵⁾ 국세기본법 제81조의7 세무공무원은 세무조사(「조세법 처벌절차법」에 따른 조세범칙조사는 제외한다)를 하는 경우에는 조사를 받을 납세자(납세자가 제82조에 따라 납세관리인을 정하여 관할 세무서장에게 신고한 경우에는 납세관리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 조사를 시작하기 10일 전에 조사대상 세목, 조사기간 및 조사 사유, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 통지하여야 한다. 다만, 사전에 통지하면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

또한 세무공무원은 조사대상 세목·업종·규모, 조사 난이도 등을 고려하여 세무조사 기간이 최소한이 되도록 하여야 하고,¹⁴⁶⁾ 구체적인 세금탈루 혐의가 여러 과세기간 또는 다른 세목까지 관련되는 것으로 확인되는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 조사 진행 중 세무조사의 범위를 확대할 수 없다.¹⁴⁷⁾

납세자는 세무조사를 받는 경우 변호사, 공인회계사, 세무사로 하여금 조사에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다는 규정도 있다.¹⁴⁸⁾ 이는 세무조사 과정에서 납세자로 하여금 조세전문가의 조력을 받게 함으로써 방어권을 실질적으로 보장하기 위한 규정으로 보인다.

세무공무원은 세무조사를 시작하면서 납세자권리현장의 내용이 수록된 문서를 납세자에게 내주고, 그 신분을 나타내는 증명서를 관계인이 요구하는 경우 제시하여야 한다.¹⁴⁹⁾ 이는 세무조사 과정에 있어 형사소송법에서 규정한 ‘미란다원칙’과 유사한 원칙을 규정한 것으로 볼 수 있다.

또한 세무공무원은 세무조사의 목적으로 납세자의 장부 또는 서류 등을 세무관서에 임의로 보관할 수 없고, 위 일시 보관하고 있는 장부 등에 대하여 납세자가 반환을 요청한 경우에는 조사에 지장이 없는 한 즉시 반환하여야 한다.¹⁵⁰⁾ 조세범칙조사 외의 세무조사는

¹⁴⁶⁾ 국세기본법 제81조의8(세무조사 기간) ① 세무공무원은 조사대상 세목·업종·규모, 조사 난이도 등을 고려하여 세무조사 기간이 최소한이 되도록 하여야 한다.

¹⁴⁷⁾ 국세기본법 제81조의9 ① 세무공무원은 구체적인 세금탈루 혐의가 여러 과세기간 또는 다른 세목까지 관련되는 것으로 확인되는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 조사진행 중 세무조사의 범위를 확대할 수 없다.

② 세무공무원은 제1항에 따라 세무조사의 범위를 확대하는 경우에는 그 사유와 범위를 납세자에게 문서로 통지하여야 한다.

¹⁴⁸⁾ 국세기본법 제81조의5.

¹⁴⁹⁾ 국세기본법 제81조의2.

¹⁵⁰⁾ 국세기본법 제81조의10.

기본적으로 임의조사에 해당하는 바, 그와 같은 원칙이 국세기본법에 명문화된 것이다. 위 규정에 따르면, 조사공무원이 세무조사를 위해 장부 또는 서류를 가져가고자 하는 경우 조사대상자의 동의를 받아야 하고, 만일 이를 받지 못할 경우 조세범칙조사로 유형전환을 하여 법원으로부터 영장을 발부받아 확보하여야만 한다.

다. 세무조사의 종료 및 결과 통지

세무공무원은 세무조사를 마쳤을 때에는 그 조사 결과를 서면으로 납세자에게 통지하여야 한다.¹⁵¹⁾ 위 결과통지에는 납세자가 세무조사결과를 이해할 수 있을 만큼의 충분한 내용을 포함하여야 한다.¹⁵²⁾

한편, 세무조사 결과통지나 사전통지에 대하여 이의가 있는 경우 납세자는 통지를 받은 날부터 30일 이내에 통지를 한 세무서장이나 지방국세청장에 대하여 ‘과세전적부심사’를 통해 통지내용의 적법성 심사를 청구할 수 있다.¹⁵³⁾

3. 세무조사 결정 자체의 취소에 관한 대법원 판례

먼저, 세무조사 자체를 대상으로 하여 행정소송 등의 법적 구제를 취할 수 있는지 여부가 문제된다. 이는 결국 ‘행정조사’ 자체의 대상적격을 인정할 수 있는지 여부로 결부되고, 그에 관하여 취소소송 등 항고소송을 주관적 소송으로 볼 것인지, 아니면 객관적 소송으로 보아 그 대상적격을 넓게 파악할 것인지에 따라 전혜가 대립함을 앞서 본 바와 같다.

¹⁵¹⁾ 국세기본법 제81조의12.

¹⁵²⁾ 신평우, “세법상 세무조사권 규정의 법적 검토와 권리구제에 관한 연구”, 공법연구 제42집 제1호, 2013, 536면.

¹⁵³⁾ 국세기본법 제81조의15.

특히 과세처분이 이루어지기 전 세무조사결정에 대하여 취소소송의 대상적격을 인정할 수 있는지에 관하여, 대법원은 “부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점” 등을 근거로 대상적격을 긍정하였다.¹⁵⁴⁾ 살피건대, 세무조사의 경우 그 자체로 납세자의 영업의 자유, 사생활의 자유를 침해할 우려가 있고, 위법한 세무조사에도 불구하고 조사 종료 후의 과세처분에만 대하여만 다룰 수 있다면 분쟁의 조기적 해결과 행정청의 적법성 통제라는 측면에서 문제가 있을 수 있으므로, 세무조사의 대상적격을 긍정하여 구제하는 것이 타당하다.

4. 세무조사에 기초한 과세처분의 효력에 관한 대법원 판례

다음으로 위법한 세무조사에 기초한 과세처분의 효력이 문제된다. 세무조사결정의 하자를 다투지 않더라도 위법한 세무조사에 따른 과세처분의 취소 또는 무효확인소송을 제기하고, 그 소송에서 세무조사의 위법성을 이유로 한 절차적 하자를 다룰 수 있다. 이 경우

¹⁵⁴⁾ 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617, 23624 판결.

세무조사의 하자는 그것이 중대·명백하다면 무효사유, 중대·명백하지 않다면 취소사유가 된다.

한편 세무조사의 처분성을 긍정할 경우, 납세자가 세무조사결정을 다투지 않아 불가쟁력이 발생하였다면 이후 이루어진 과세처분에 대한 항고소송에서 선행처분인 세무조사의 하자를 다룰 수 있는지 여부의 문제도 제기되는바, 이는 ‘하자의 승계’ 이론과도 맞닿아 있다. 그런데 이에 관하여 후술하는 대법원 판례는 세무조사의 처분성이나 그에 따른 불가쟁력에 관하여 구체적으로 논하지는 아니하고, 과세처분이 다투어지는 개별 사안에서 전제가 된 세무조사의 절차적 위법이 과세처분의 효력을 부인할 만큼 위법한지 여부를 살펴 과세처분의 취소·무효 여부를 개별적으로 판단하면서, ‘헌법상 적법절차의 원칙’을 그 근거로 들고 있다.

가. 자의적인 세무조사대상자 선정¹⁵⁵⁾

이 사안에서 조사대상자는 국세청에서 퇴직하여 세무사로 근무하면서 임대사업을 하고, 조사대상자의 처는 고액의 건물을 매수하였는데, 세무관청은 원고의 처의 재산상태로 보아 자력에 의한 취득이라고 인정하기 어려워 원고가 임대소득을 탈루하여 위 건물을 원고의 처에게 증여한 것으로 의심하여 우선적 세무조사대상자로 선정하고, 부가가치세 및 종합소득세 부과처분을 하였다.¹⁵⁶⁾ 당시 국세기본법 제81조의5는 ‘우선적 세무조사 선정사유’를 규정하고 있었는데,¹⁵⁷⁾ 그러한 사유가 없음에도 불구하고 ‘직무상 필요성’만으로 우

155) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결.

156) 조사 결과 조사대상자의 임대수의 신고가 일부 누락된 점은 발견되었으나, 원고의 처에 대해서는 세금의 신고와 관련하여 별다른 문제가 발견되지 않았다.

157) 구 국세기본법(2006. 12. 30. 법률 제8139호로 개정되기 전의 것) 제81조의5 제2항 세무공무원은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 우선적으로 세

선적 조사대상자로 선정되어 세무조사가 이루어진 경우 과세처분의 위법성이 문제되었다.

이에 관하여 대법원은 세무공무원의 세무조사권 행사에도 적법절차의 원칙은 준수되어야 한다고 판시하면서, 국세기본법이 세무조사와 관련하여 별다른 규정을 두지 않다가 세무조사가 과세 목적 이외에 다른 목적으로 이용되거나 자의적인 세무조사권 발동으로 오·남용되는 것을 차단하기 위하여 특정 사유가 있는 경우에만 우선적으로 세무조사대상으로 선정할 수 있게 하는 내용의 구 국세기본법 제81조의5를 도입하였으므로, 이러한 배경과 취지 등을 종합할 때 개별 세법이 정한 질문·조사권은 구 국세기본법 제81조의5가 정한 요건과 한계 내에서만 허용된다고 보아야 한다고 판시하였다.

나. 중복세무조사

대법원은 일관되게 중복세무조사에 따른 과세처분은 위법하다고 판단하여 왔다.¹⁵⁸⁾ 중복세무조사가 위법한 이유는 같은 세목 및 과세기간에 대한 거듭된 세무조사는 납세자의 영업의 자유나 법적 안정성 등을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 세무조사권의 남용으로 이어질 우려가 있다는 것이다. 한편 세무조사기술의 선진화가 재조사

무조사대상으로 선정하여 납세자가 제출한 신고서 등의 내용에 관하여 세무조사를 할 수 있다.

1. 납세자가 세법이 정하는 신고, 세금계산서 또는 계산서의 작성·교부·제출, 지급조서의 작성·제출 등의 납세협력의무를 이행하지 아니한 경우
2. 무자료거래, 위장·가공거래 등 거래내용이 사실과 다른 혐의가 있는 경우
3. 납세자에 대한 구체적인 탈세제보가 있는 경우
4. 신고내용에 탈루나 오류의 혐의를 인정할만한 명백한 자료가 있는 경우
5. 국세청장이 납세자의 신고내용에 대한 성실도 분석결과 불성실혐의가 있다고 인정하는 경우.

¹⁵⁸⁾ 대법원 2006. 6. 2. 선고 2004두12070 판결; 대법원 2011. 5. 26. 2008두1146 판결; 2015. 2. 26. 선고 2014두12062 판결 외 다수.

를 금지하는 입법 취지에 포함되어 있다는 점을 논거로 들기도 하였다.¹⁵⁹⁾

다만 개별적인 사안에서 중복세무조사의 범위가 어느 정도 인정할 것인지에 관하여는 다툼이 되어 왔다. 이는 중복세무조사 관련 법규정이 다소 추상적으로 되어 있고, 중복세무조사를 너무 엄격히 보면 세무조사의 목적인 적정과세·공평과세의 실현에 상당한 장애가 발생할 수 있기 때문에 납세자에게 유리하게만 해석할 수는 없기 때문이다.¹⁶⁰⁾ 특히 어떠한 세무공무원의 조사행위가 재조사가 금지되는 ‘세무조사’에 해당하는지 여부와 관련하여, 최근 대법원은 조사의 목적과 실시경위, 질문조사의 대상과 방법 및 내용, 조사를 통하여 획득한 자료, 조사행위의 규모와 기간 등을 종합적으로 고려하여 구체적 사안에서 개별적으로 판단할 수밖에 없다고 전제한 다음, 세무공무원의 조사행위가 사업장의 현황 확인, 기장 여부의 단순 확인, 특정한 매출사실의 확인, 행정민원서류의 발급을 통한 확인, 납세자 등이 자발적으로 제출한 자료의 수령 등과 같이 단순한 사실관계의 확인이나 통상적으로 이에 수반되는 간단한 질문조사에 그치는 것이어서 납세자 등으로서도 손쉽게 응답할 수 있을 것으로 기대되거나 납세자의 영업의 자유 등에도 큰 영향이 없는 경우에는 원칙적으로 재조사가 금지되는 ‘세무조사’로 보기 어렵지만, 조사행위가 실질적으로 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위한 것으로서 납세자 등의 사무실·사업장·공장 또는 주소지 등에서 납세자 등을 직접 접촉하여 상당한 시일에 걸쳐 질문하거나 일정한 기간 동안의 장부·서류·물건 등을 검사·조사하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 재조사가 금지되는 ‘세무조사’로 보아야 한다고 판시하였다.¹⁶¹⁾

159) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014두12062 판결.

160) 김주석, “세무조사의 절차적 적법성에 대한 소고”, 특별법연구 14권, 2017, 184면.

161) 대법원 2017. 3. 16. 선고 2014두8360 판결.

다. 세무조사권의 남용¹⁶²⁾

이 사안에서, 세무공무원은 A로부터 조사대상자와 사이의 토지매매 관련 분쟁을 해결해 달라는 부탁을 받고, 세무조사를 통해 압박하는 방법으로 조사대상자가 토지소유권을 반환하게 하기 위하여 부동산 저가매수에 따른 증여세 탈세제보서를 직접 작성하여 과세관청에 접수하였다. 과세관청은 조사대상자에 대한 세무조사에 착수하였고, 그 과정에서 세무공무원의 의견에 따라 조사대상자의 관련 회사들까지 조사한 후 조사대상자의 주식 명의신탁 사실을 확인해 증여세를 부과하였다.¹⁶³⁾ 이처럼 세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연의 목적이 아닌 부정한 목적을 위하여 행하여진 경우, 그러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분이 위법한지 여부가 문제되었다.

이에 관하여 대법원은 먼저 국세기본법에서 규정한 조사권 남용 금지 원칙¹⁶⁴⁾의 의의에 대하여 서술하였다. 즉 이 조항은 세무조사의 적법 요건으로 객관적 필요성, 최소성, 권한 남용의 금지 등을 규정하고 있는데, 이는 법치국가원리를 조세절차법의 영역에서도 관철하기 위한 것으로서 그 자체로서 구체적인 법규적 효력을 가진다는 것이다. 따라서 세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 것이라면 이는 세무조사에 중대한 위법사유가 있는 경우에 해당하고 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하다고 판시하였다.

특히 이 판례는 세무조사권의 남용에 관한 국세기본법 제81조의 4

162) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두47659 판결.

163) 본 논문 1면의 ‘연구의 목적’에 제시한 사례임.

164) 국세기본법 제81조의4 ① 세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다.

조항이 법치국가원리를 조세절차법의 영역에서도 관철하는 것을 목적으로 하는 규정으로서 그 자체로 구체적 법규로서의 효력을 가진다는 점을 밝혔다.¹⁶⁵⁾ 위 조항은 행정조사에 있어서 행정법의 일반 원칙인 ‘비례의 원칙’을 명문화한 것으로도 보인다. 위 규정에 따라 사실관계를 구체적으로 포섭해 볼 때, 먼저 이 사안의 세무조사는 세무공무원이 A의 부탁을 받고 조사대상자를 압박하여 분쟁 토지의 소유권을 반환하게 하기 위한 방편으로 행하여진 것으로서 세무조사의 객관적인 필요성이 결여된 것이고, 합리적인 이유 없이 조사대상자의 회사에 대한 포괄적인 법인세 통합조사로 조사 범위가 확대된 것으로서 최소성 원칙에도 위반되며, 실질적으로 세무공무원이 개인적 이익을 위하여 권한을 남용한 것으로서 권한남용금지의 원칙에도 위배된다.

라. 세무조사 후 과세예고통지의 누락¹⁶⁶⁾

앞서 살핀 바와 같이 국세기본법은 세무조사가 종료된 경우 세무조사 결과에 대하여 조사대상자에게 서면통지를 하도록 하고, 통지를 받은 자는 통지내용의 적법성에 관한 심사(과세전적부심사)를 할 수 있도록 하고 있다. 그런데 과세처분을 하면서 위와 같은 과세예고통지를 하지 않은 경우에 관한 대법원 판결이 있다. 위 판결의 원심¹⁶⁷⁾은 과세전적부심사 제도는 과세처분 이후의 사후적 구제제도와는 별도로 과세처분 이전 단계에서 납세자의 주장을 반영함으로써

¹⁶⁵⁾ 윤세리, “세무조사권 남용의 판단 기준과 법적 효과”, 월간조세 345호, 2017, 83면. 한편 박균성은 세무조사권의 남용을 금지하는 것으로 규정된 국세기본법 제81조의4 제1항은 세무조사분야에서 ‘권한남용금지의 원칙’을 단순하게 선언한 규정에 불과한 규정으로 보는 것이 타당하다고 주장한다. 박균성, “권한남용금지의 원칙과 그 한계”, 법조 723호, 2017, 625-648면 참조.

¹⁶⁶⁾ 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015두52326 판결.

¹⁶⁷⁾ 서울고등법원 2015. 9. 9. 선고 2015누35123 판결.

권리구제의 실효성을 높이기 위하여 마련된 사전적 구제제도이지만 과세처분의 필수적 전제가 되는 것은 아닐 뿐만 아니라, 납세자에게 과세전적부심사의 기회를 주지 않았다고 하여 납세자의 권리의무에 직접 어떠한 영향을 끼치는 것은 아니고, 사후적 구제절차로서 법령에서 규정한 이의신청·심사·심판청구나 행정소송 등의 절차를 통하여 과세의 적부에 대하여 불복할 수 있는 절차가 남아 있으므로, 과세예고통지를 하지 아니하였거나 과세전적부심사의 기회를 주지 않았다고 하더라도 그것이 과세처분이 위법하다고 볼 만한 중대한 절차위반에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 그러나 대법원은 과세예고 통지는 과세관청이 조사한 사실 등의 정보를 미리 납세자에게 알려줌으로써 납세자가 충분한 시간을 가지고 준비하여 과세전적부심사와 같은 의견청취절차에서 의견을 진술할 기회를 가짐으로써 자신의 권익을 보호할 수 있도록 하기 위한 처분의 사전통지로서의 성질을 가지고, 과세처분 이후에 행하여지는 심사·심판청구나 행정소송은 시간과 비용이 많이 소요되어 효율적인 구제수단으로 미흡한 측면이 있으므로, 과세전적부심사 제도는 과세관청이 위법·부당한 처분을 행할 가능성을 줄이고 납세자도 과세처분 이전에 자신의 주장을 반영할 수 있도록 하는 예방적 구제제도의 성질을 가진다는 점을 논거로, 과세관청이 법률상 예외사유에 해당하지 않는데도 과세예고통지를 하지 않은 채 과세처분을 한 경우 중대한 절차적 하자에 해당하므로 위법하다고 판시하였다.

과세예고 통지는 ‘처분의 사전통지’의 일종이다. 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 사전통지나 의견제출의 기회를 주지 않은 경우의 효력에 관하여, 대법원은 ‘의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한’ 그 처분은 위법하므로 취소를 면할 수 없다는 판결을 하여 왔다.¹⁶⁸⁾ 특히 과세예고통지의 경

¹⁶⁸⁾ 대법원 2013. 1. 16. 선고 2011두3087 판결(별정직 공무원에 대한 직권면직 처분에 있어 사전통지를 누락한 사례); 2016. 10. 27. 선고 2016두41811

우 과세관청이 과세예고통지를 하는 구체적인 요건과 절차가 국세기본법이 전혀 규정되지 않고 훈령인 과세전적부심사사무처리규정에서 규정되어 있을 뿐이어서 더욱 문제가 되었으나, 조세부과처분이 조사대상자에게 의무를 부과하는 처분으로서 침익적 처분이고, 세무조사 결과를 조사대상자에게 서면으로 통지하는 것은 납세자의 방어권 보장을 위하여 매우 중요한 것임을 감안하면, 과세예고 통지의 누락을 중대한 절차적 위반으로 본 대법원 판결의 태도는 타당한 것으로 판단된다.

II. 위법한 채혈조사와 그에 근거한 자동차운전면허 취소처분의 효력

1. 문제의 제기

수사목적으로 혈액을 수집하기 위해서는 원칙적으로 법관의 영장을 필요로 한다. 채혈은 신체에 대한 직접적인 침해를 수반하기 때문이다. 그런데 음주운전에 대해서는 형벌뿐만 아니라 행정처분인 운전면허취소처분이 동시에 예정되어 있다.

음주측정행위가 경찰공무원의 행위라 하더라도 그것이 교통의 안전과 위험방지를 위한 행정경찰작용으로서의 성질을 가질 경우 그 행위는 ‘행정조사’의 성격을 가지게 되고, 도로교통법 위반에 대한 사법경찰작용으로서의 성질을 겸할 경우 음주측정행위는 행정조사와 수사의 성질을 겸하게 된다.¹⁶⁹⁾ 이와 같이 당사자의 동의나 영장 없이 이루어진 채혈이 행정처분인 운전면허취소처분의 전제가 될 경우, 행정조사인 채혈과 후행처분인 운전면허취소처분의 관계가 문

판결(건축법 위반행위 시정명령에 있어 별도의 사전통지나 의견진술기회 부여 절차를 거치지 아니한 사례) 등 다수.

¹⁶⁹⁾ 이희정, “위법한 음주측정행위와 운전면허취소처분의 효력”, 특별법연구 14권, 2017, 80면.

제된다.

2. 관련 판결의 사실관계

원고는 승용차를 운전하여 김해시 도로를 진행하던 중 가드레일 등을 충격함으로써 중상을 입은 사고가 발생하여 의식이 없는 상태로 병원 응급센터로 후송되었다. 담당 경찰관은 같은 날 음주측정기에 의한 호흡 측정을 할 수 없다는 사유로 원고의 어머니의 동의하에 원고의 혈액을 채취하였으나, 채혈과 관련하여 원고의 동의를 얻거나 사후에 법원으로부터 영장을 발부받지는 않았다. 원고의 혈액을 감정한 결과 원고의 혈중알코올농도는 0.125%로 분석되어, 경찰청장은 2013. 3. 6. 원고에 대하여 음주운전을 이유로 자동차운전면허를 취소하였다.

3. 항소심 판결의 요지¹⁷⁰⁾

항소심은, 행정소송법에는 위법하게 수집한 증거의 증거능력 배제에 관한 규정이 없고, 행정소송법 제8조 제2항에 의해 준용되는 민사소송법에도 그에 관한 규정이 없으며, 검사에게 진실의무를 부여하고 피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리를 보장함으로써 실질적 무기대등을 통해 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 것을 목표로 하는 형사소송과 대등한 당사자 사이의 공방을 전제로 하는 민사소송 및 행정소송을 동일하게 취급할 수 없으므로, 형사소송의 위법수집증거배제법칙이 행정소송에 그대로 적용된다고 볼 수 없다고 하였다.

4. 대법원 판결의 요지¹⁷¹⁾

¹⁷⁰⁾ 부산고등법원 창원재판부 2014. 11. 20. 선고 2014누10830 판결.

¹⁷¹⁾ 대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두46850 판결.

이에 대하여 대법원은 음주운전 여부에 관한 조사방법 중 채혈은 상대방의 신체에 대한 직접적인 침해를 수반하는 방법으로서, 도로교통법은 호흡조사와 달리 운전자에게 조사에 응할 의무를 부과하는 규정을 두지 아니할 뿐만 아니라, 측정에 앞서 운전자의 동의를 받도록 규정하고 있으므로(제44조 제3항), 운전자의 동의 없이 임의로 채혈조사를 하는 것은 허용되지 않는다고 판시하였다. 그리고 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 운전자의 동의 없이 혈액을 채취·보관하는 행위는 형사소송법상 ‘감정에 필요한 처분’ 또는 ‘압수’로서 법원의 감정처분허가장이나 압수영장이 있어야 가능하고, 다만 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 운전자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 채혈에 대한 동의를 받을 수도 없으며 법원으로부터 감정처분허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황이 발생한 경우에는 수사기관은 예외적인 요건 하에 음주운전 범죄의 증거수집을 위하여 운전자의 동의나 사전 영장 없이 혈액을 채취하여 압수할 수 있으나 이 경우에도 형사소송법에 따라 사후에 지체 없이 법원으로부터 압수영장을 받아야 하므로, 음주운전 여부에 대한 조사 과정에서 운전자 본인의 동의를 받지 아니하고 또한 법원의 영장도 없이 채혈조사를 한 결과를 근거로 한 운전면허 정지·취소 처분은 도로교통법 제44조 제3항을 위반한 것으로서 위법한 처분이라고 하였다.

5. 검토

먼저 항소심 판결은 위법한 행정조사에 근거한 행정결정에 대하여 행정처분에 대한 위법수집증거배제규칙의 적용 여부를 논하였다는 점에서 주목할 만하다. 종래 우리 행정법이론에서, 위법한 조사로 얻은 정보를 기초로 한 행정처분이 위법한가의 문제는 ‘행정처분과

정에서 위법수집증거배제법칙의 적용' 문제와 결부되어 검토되지는 아니하여 왔다.¹⁷²⁾ 다만 최근 세무조사대상 선정의 위법성이 문제된 사안에서 대법원은 세무조사결정의 위법성이 과세처분에 미치는 영향에 대해 하자의 승계로 이론구성하지 않고, '위법한 세무조사에서 수집된 과세자료에 기초한 과세처분은 위법하다'고 하였는데, 이는 헌법 제12조의 적법절차원칙을 직접 적용하여 위법수집증거배제법칙을 적용한 것이라 해석할 여지도 있다.¹⁷³⁾

항소심의 해석과 같이 형사소송의 위법수집증거배제법칙이 행정소송에 그대로 적용되지는 아니한다고 하더라도, 헌법상 적법절차의 원칙이 형사절차뿐만 아니라 행정작용에 광범위하게 적용되는 이상 적법절차원칙의 일환으로서의 위법수집증거배제법칙 또한 행정절차에 적용될 수 있을 것이다. 그러나 앞서 살핀 '하자의 승계' 이론에 따르더라도, 행정조사와 그에 근거한 행정결정의 효력을 살필 때, 피조사자의 동의를 받지 않고 영장 없이 행한 채혈은 '중대하고도 명백한' 하자로 봄이 상당하고, 따라서 그에 근거한 운전면허 정지·취소 처분은 위법하게 된다. 다만 이 사안에서 행정처분의 위법성을 판단함에 있어서 특유한 것은, 채혈이 단순히 처벌을 목적으로 한 것이 아니라 '운전면허취소처분'의 근거가 되는 범위반사실의 조사라는 행정적 목적을 달성하기 위한 '행정조사'로서 이루어졌기 때문에 '공익'과의 형량문제가 존재한다는 것이다. 위 대법원 판결은 그와 같은 공익의 형량을 구체적으로 드러내지는 아니하였지만, 대법원 판결에는 운전면허취소처분이 달성하려는 공익과 형량하였을 때 영장 없이 행하여진 채혈로 침해되는 피조사자의 사익의 침해가 더 중대하고, 그 침해의 최소성에도 반한다는 판단이 내재되어 있는 것으로 판단된다.

172) 이희정, 앞의 논문, 95면.

173) 대법원 2016. 12. 16. 선고 2016두47659 판결.

제6장 요약 및 결어

제1절 요약

오늘날 행정조사의 필요성과 범위, 수단이 확대되고 다양화됨에 따라, 행정조사가 국민의 권리와 자유를 침해할 우려 또한 증대되고 있고, 이를 방지하기 위하여 행정조사의 한계를 정립하여야 할 필요성이 존재한다.

행정조사의 한계 정립을 위하여, 먼저 예비적 고찰로서 행정조사의 개념과 체계적 지위를 확정할 필요가 있다. 행정조사는 행정상 즉시강제에 포함되지 아니하는 독자적인 개념이고, 권력적 조사와 비권력적 조사를 모두 포괄하는 개념으로서 행정주체가 정책을 결정하거나 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위한 모든 행위를 포괄한다. 또한 행정조사에 관하여 적용되는 행정법상 일반적인 원칙으로 법치주의의 원칙, 법률유보의 원칙, 비례의 원칙, 평등의 원칙, 적법절차의 원칙이 있다. 위와 같은 각 원칙은 행정조사의 일반적인 한계로서 기능하나, 구체적인 적용 여부에 관하여는 각 개별적인 행정조사의 성격에 따라 달리 판단되어야 한다.

행정조사의 한계를 판단하기 위해서는 행정조사의 위법성 판단 기준에 관하여 구체적인 검토가 필요하다. 특히 조사의 주체, 목적, 방식, 조사 거부에 대한 제재수단에 따라 행정조사가 조사대상인 개인에게 미치는 침익적인 효과가 달라지고, 행정조사에 있어 형사수사 절차에 적용되는 원칙인 영장주의, 진술거부권의 원칙 등이 적용될 여지가 높아지며, 위법한 행정조사의 경우 그에 대한 권리구제의 필요성이 증대된다.

행정조사와 영장주의의 원칙에 있어, 미국의 판례 흐름을 살펴보면 개인의 주택뿐만 아니라 영업소에 대한 출입검사에 있어서도 원칙적으로 영장주의의 적용을 긍정하나, 그에 대한 예외 인정의 범위

를 폭넓게 발전시켜 왔고, 그 과정에서 공익과 사익을 비교 형량해 온 사실을 알 수 있다. 한편 영장주의의 적용에 관한 학설들은 다소 대립하나 결국 어떠한 행정조사에 관하여 영장주의가 관철되어야 하는가 여부는 개별 행정조사의 특성에 맞게 판단하여야 한다. 특히 세관절차에 있어 영장주의의 적용 여부와 관련하여 논란이 되었던 2013년, 2017년의 두 대법원 판례를 비교해보면, 2013년 대법원 판례는 자칫, 어떠한 행정청의 조치가 행정조사의 성격을 가질 경우 바로 수사기관의 강제처분성이 부정되므로 영장주의의 적용이 없다는 내용의 논지로 오인될 소지가 있고, 2017년 대법원 판례는 세관 공무원의 조치를 수사기관의 강제처분으로 보는 핵심적 요소로 그와 같은 행정조사의 ‘목적’을 고려하였으나 공익과 사익의 구체적인 형량판단이 아쉽다.

행정조사와 진술거부권에 관하여, 미국의 판례흐름을 살펴보면 미국에서는 자기부죄거부특권이 원칙적으로 행정조사에 적용된다고 하면서도 그 예외를 광범위하게 인정하고 있고, 특히 자기부죄거부특권에 의하여 ‘공적 기록의 예외’ 원칙에 따라 보고서나 자료 요구에 대한 헌법적 보호는 사실상 상당히 축소되어 있다. 우리나라에서는 선거관리위원회의 조사와 관련하여 명문의 규정이 없는 경우 진술거부권을 고지하지 아니한 대법원 판례가 존재하나 진술거부권이 헌법상 적법절차의 원칙에 파생된 원칙임을 감안할 때 명문의 규정과 무관하게 진술거부권의 요부를 판단하여야 할 것이다. 또한 공정거래위원회의 조사에 있어 공정거래법 위반행위는 행정제재의 대상이 될 뿐만 아니라 형사처벌의 대상이 되므로 조사대상자에게 진술거부권이 부여된다고 봄이 상당하다.

위법한 행정조사와 행정처분의 효력과 관련하여, 행정조사 자체도 처분으로 보고 그 대상적격을 인정함이 타당하고, 나아가 행정조사가 위법한 경우, 그 행정조사에 의하여 수집된 정보에 기초하여 내려진 행정결정 자체가 위법한 것으로 되는가의 문제는 행정조사를

처분으로 보는 이상 후행처분인 행정결정에 있어 하자의 ‘중대·명백함’의 문제와 불가분적으로 연결된다. 특히 위법한 세무조사에 의한 과세처분의 효력과 관련하여 최근 대법원 판결이 쏟아지고 있는바, 대법원은 세무조사의 처분성이나 그에 따른 불가쟁력에 관하여 구체적으로 논하지는 아니하였으나 과세처분이 다투어지는 개별 사안에서 전제가 된 세무조사의 절차적 위법이 과세처분의 효력을 부인할 만큼 위법한지 여부를 구체적으로 살펴 과세처분의 취소·무효 여부를 개별적으로 판단하고 있다. 또한 대법원은 위법한 채혈조사와 그에 근거한 자동차운전면허 취소처분의 효력과 관련하여 위법수집증거배제법칙을 명시적으로 적용하지도 아니하였고 절차위반의 중대성 여부를 구체적으로 판시하지도 아니한 채 채혈조사가 위법하므로 그에 기초한 행정결정인 운전면허 정지·취소처분 또한 위법하다고 판시하였으나, 그와 같은 판단의 이면에는 운전면허취소처분이 달성하려는 공익보다 채혈로 침해되는 피조사자의 사익의 침해가 더 중대하다는 이익형량이 내제되어 있었을 것으로 보인다.

제2절 결어

현대에 이르러 행정조사의 필요성이 증대되면서, 이를 근거짓기 위한 수많은 개별 법령이 행정조사의 근거법령으로서 끊임없이 제·개정되고 있다. 각 법률은 개별 영역에서 상이한 개별 목적에 따라 제정되는바, 이에 대하여 단일한 하나의 기준이 적용되기 어렵고, 각각의 특성에 맞는 이론 체계가 필요하며, 개별적인 행정주체가 행하는 모든 행정조사를 관통하는 논리체계를 정립하는 사실상 어려운 일이다.¹⁷⁴⁾

174) 김종보, “행정법학의 개념과 그 외연-제도중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구 제21호, 2008, 5-7면.

본 논문은 위와 같은 한계에도 불구하고, 행정조사에 관하여 생각해볼 수 있는 행정법총론의 관점에서 행정조사에 관하여 생각해볼 수 있는 가능한 많은 쟁점을 개괄하여 보고, 행정조사의 한계를 규정하기 위하여 ‘행정조사의 위법성 판단기준에 있어 고려되어야 할 요소’라는 하나의 틀을 제시한 뒤, 위 틀을 토대로 영장주의의 원칙, 진술거부권의 원칙 및 위법한 행정조사와 행정처분의 효력에 관한 미국법 및 우리나라의 판례와 개별 행정조사의 분야를 분석하여 봄으로써 행정조사의 한계에 관한 구체적인 판단 기준을 모색해 보았다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있을 것이다. 행정조사가 이루어지는 행정영역은 앞서 실시한 세관절차, 공정거래위원회에 의한 행정조사, 선거관리위원회에 의한 조사, 세무조사 외에도 방대하고 다양하다. 위 각 개별 영역에 있어서의 구체적인 한계 정립, 개별 법령의 미비에 관한 분석 및 보완책 등은 후속연구에 의하여 보완되어야 될 것으로 보이고, 그와 같은 후행 연구에 이 논문이 실마리가 되기를 기대해 본다.

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 김도창, 「일반행정법론(상)」, 청운사, 1992.
- 김동희, 「행정법(I)」, 박영사, 2015.
- 류지태·박종수, 「행정법신론」, 박영사, 2011.
- 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2015.
- 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005.
- _____, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2007.
- 신종익·임상준, 「행정조사의 실태와 개선방안-규제개혁 차원의 접근을 중심으로」, 한국법제연구원, 2004.
- 정형근, 「행정법」, 피앤씨미디어, 2015.
- 최환용·장민선, 「국민 중심의 행정조사 관련 법제 개선방안 연구」, 한국법제연구원, 2016
- 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2017.

(2) 논문

- 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”, 형사법의 신동향 통권37호, 2012.
- 기노성, “행정기관의 압수수색에 관한 헌법적 통제”, 형사법의 신동향 통권 제22호, 2009.
- 김영조, “행정조사에 관한 연구-특히 세무조사의 법적 문제를 중심으로”, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1998.
- 김용주, “행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정”, 경찰학

- 연구 제14권 제4호, 2014.
- 김종보, “미국의 행정조사제도”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 1989.
- _____, “행정법학의 개념과 그 외연- 제도중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구 제21호, 2008.
- 김주석, “세무조사의 절차적 적법성에 대한 소고”, 특별법연구 14권, 2017.
- 백상진, “수사절차와 관련된 행정조사의 통제방안에 관한 연구”, 한국경찰학회보 18권 1호, 2016.
- 신평우, “세법상 세무조사권 규정의 법적 검토와 권리구제에 관한 연구”, 공법연구 제42집 제1호, 2013.
- 오준근, “행정조사제도의 법리적 논의 · 입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구”, 토지공법연구 제45권, 2009,
- _____, “행정조사의 공법이론적 재검토”, 공법연구 제31집 제3호, 2003.
- 유성욱, “위법한 세무조사에 대한 사법상 통제”, 법관연수 어드밴스 과정 연구논문집, 2017.
- 윤세리, “세무조사권 남용의 판단 기준과 법적 효과”, 월간조세 345호, 2017.
- 이근우, “행정형법의 재구성-개념, 구조, 절차”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2008.
- 이원우, “현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점”, 행정법연구 제29호, 2011.
- 이현철, “위법수집증거배제의 적용범위 및 실무상 한계 고찰: 비진술증거에 대한 위법수집증거배제를 중심으로”, 사법연수원논문집 제7집, 2010.
- 이희정, “위법한 음주측정행위와 운전면허취소처분의 효력”, 특별법연구 14권, 2017.

- 전수진, “행정조사제도에 관한 연구: 수사절차와의 관계 및 미국법과의 비교를 중심으로”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2013.
- 전승수, “국제우편물에 대한 세관 검사와 통제배달”, 형사판례연구 제23권, 2015.
- 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38권 제2호, 2014.

2. 외국문헌

- Kagan, Robert and Rachel VanSickle-Ward, “Marshall v. Barlow’s Inc.: Legitimizing Regulatory Enforcement”, In: Peter L. Strauss ed., 「Administrative Law Stories」, West group, 2006.
- Mashaw, Jerry L., Richard A. Merrill, Peter M. Shane, M. Elizabeth Magill, Mariano- Florentino Cuéllar, Nicholas R. Parrillo. 「Administrative Law, the American public law system: cases and materials」, West Academic Publishing, 2014.
- Note, “Rethinking Closely Regulated Industries”, Harvard L. Rev. 129, 2016.
- Pierce, Richard J. Jr., 「Administrative Law Treatise」, Aspen Law&Business, 2002.
- Strauss, Peter L., Todd D. Rakoff, Cynthia R. Farina, Gillian E. Metzger, 「Administrative law」, Foundation press, 2011.

<Abstract>

A study on the limitation of administrative investigation

- Focused on the criteria for judging illegality
in various perspectives -

Han, Hyun hee

College of law, Administrative law

The Graduate School

Seoul National University

As recently the scope of administrative investigation expands, there are more possibilities of administrative investigation infringing on people's rights and freedom. Therefore, there is an increase in the necessity of defining the limitation of administrative investigation and protecting people from illegal administrative investigations. Accordingly, this paper is designed to suggest the criteria by which the illegality of administrative investigation is judged and based on that, analyze the issues of administrative investigations in order to comprehensively check out the dispersed data of administrative investigations based on the general legal principle and individual laws on administrative investigations.

It is critical to check out elements such as the leading entity, purpose, and method of administrative investigations and the control means of administrative investigations against the rejection of the investigation in order to find out whether the administrative investigations are illegal. The nature of each element above makes a different effect on the individual who is the target of the administrative investigation and may enhance the possibility of the applications of the principles applied to criminal investigations such as the principle of warrant and the privilege against self-incrimination. It also increases the necessity of remedy against illegal administrative investigations. As an administrative investigations get closer to a criminal investigation, it is more likely that the principles applicable to a criminal investigation are applied to the administrative investigations and also the significance of the defect in the violation of procedure increases.

Based on the reviewed criteria for judging illegality, this paper would focus on the main issues related to administrative investigations such as whether the principle of warrant and the right of remaining silent are to be applied or the effect of administrative disposition based on illegal administrative investigations by using the legal principles applied in the U.S., individual administrative investigation system and related precedents in order to check the limitation of administrative investigation and the criteria for judging illegality in various perspectives. Especially, prior to the analysis of each principle, the legal principle of U.S. was checked and how the issues above can be applied in actual practices was analyzed.

Whether the administrative investigation, the principle of warrant and the principle of right of remaining silent are applicable become the issue when they are compared with criminal investigation procedure.

But if we see it from the perspective of U.S.'s legal principle in which the exception has been set by measuring the public benefit and private benefit, it is reasonable to judge whether each principle can be applied or the exception shall be accepted by considering the criteria for judging illegality and comparing between the public benefit and private benefit. Then, as for the effect of illegal administrative investigations and administrative disposition, it would be reasonable to remedy the target people by accepting the proper target of administrative investigations and expressing the objection against the administrative disposition based on illegal administrative investigation.

But as there is a difference in the provisions of administrative investigations specified in each individual law and there is also a difference in the disadvantage for the target person of investigations depending on the contents of violations, a detailed research is required to find out whether the defect is grave enough to deny the effect of administrative disposition based on it.

Only when the limitation on administrative investigations is researched based on the detailed criteria for judging illegality, can people be protected from illegal administrative investigations and smooth administrative investigations would be guaranteed on the critical prerequisite of today's efficient administrative actions.

Key words : administrative investigation, U.S. administrative law, effect of illegal administrative investigations, administrative procedure and principle of warrants, the privilege against self-incrimination in the administrative proceeding

Student Number : 2009-21400